



# IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania

IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado

Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016

Local: Auditório do Prédio 13



**Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito –  
Mestrado e Doutorado da URI - Campus de Santo Ângelo  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas  
FuRI**

**ANAIS**

**IV MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS**

**Outubro, 2016  
Santo Ângelo/RS  
ISSN 2448-251X**



# IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania

## IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em

Direito - Mestrado e Doutorado

Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016

Local: Auditório do Prédio 13



### Catlogação na Fonte:

M916a Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos (2016 : Santo  
Ângelo, RS)  
Anais da IV Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos /  
Organização: Charlise Paula Colet Gimenez, Thami Covatti  
Piaia. – Santo Ângelo : FuRI , 2016.  
978 p.  
ISSN 2448-251X

1. Direito - Anais. 2. Trabalhos jurídicos. I.  
Gimenez, Charlise Paula Colet (org.) II. Piaia, Thami  
Covatti (org.) III. Título

CDU: 340:061.3

*Responsável pela catalogação*  
Bibliotecária – Fernanda Ribeiro Paz CRB 10/ 1720

*Revisão*  
Charlise Paula Colet Gimenez  
Débora Patricia Seger

*Formatação*  
Alana Taíse Castro Sartori  
Débora Patricia Seger

*Publicação*  
FuRI – Campus de Santo Ângelo  
Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470  
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: 55-3313-7900

- 2016 -



# **IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania**

**IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS**

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em

Direito - Mestrado e Doutorado

Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016

Local: Auditório do Prédio 13



## **Anais**

### **IV Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos**

**Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões -  
URI**

**Campus de Santo Ângelo-RS**

**Pró-Reitoria de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação**

**Departamento de Ciências Sociais Aplicadas**

**Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito –  
Mestrado e Doutorado**

#### **Reitor**

**Luiz Mario Silveira Spinelli**

**Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação**

**Giovani Palma Bastos**

**Pró-Reitora de Ensino**

**Arnaldo Nogaro**

**Pró-Reitor de Administração**

**Clóvis Quadros Hempel**

**URI – Campus de Santo Ângelo**

**Diretor Geral**

**Gilberto Pacheco**

**Diretor Administrativo**

**Berenice Bwutuba**

**Diretor Acadêmico**

**Marcelo Paulo Stracke**

**Coordenadora de Área do Conhecimento**

**Rosângela Angelin**

**Coordenação do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito –  
Mestrado e Doutorado**

**Coordenador Acadêmico**

**João Martins Bertaso**

**Coordenador Executivo**

**André Leonardo Copetti Santos**

#### **Organizadores**

**Charlise Paula Colet Gimenez**

**Thami Covatti Piaia**



# **IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania**

**IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS**

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em

Direito - Mestrado e Doutorado

Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016

Local: Auditório do Prédio 13



## **UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES – CAMPUS SANTO ÂNGELO**

### **Comitê Executivo**

**André Leonardo Copetti Santos**

**João Martins Bertaso**

**Neusa Maria John Scheid**

### **Conselho Editorial**

**Adalberto Narciso Hommerding – URI – RS**

**Antônio Carlos Wolkmer – UFSC – SC**

**Felipe Chiarello de Souza Pinto – UPMackenzie – SP**

**Gisele Citadino – PUC – RJ**

**João Carlos Krause – URI – RS**

**João Martins Bertaso – URI – RS**

**José Alcebíades de Oliveira Júnior – UFRGS – RS**

**José Russo – UFAM – AM**

**Leonel Severo Rocha – UNISINOS – RS**

**Leopoldo Bartolomeu – UnaM - AR**

**Manuel Atienza – Universidade de Alicante – ESP**

**Marta Biagi – UBA – AR**

**Raymundo Juliano Rego Contri – URI – RS**

**Vicente de Paulo Barreto – UERJ – RJ**

**Vilmar Antônio Boff – URI – RS**

**Vladimir Oliveira da Silveira – PUC – SP**

---

**Editora da Fundação Universidade Regional Integrada  
do Alto Uruguai e das Missões**

**FuRI**

**Av. Universidade das Missões, 464 – Santo Ângelo/Rio Grande do  
Sul**

**CEP: 98.802-470 – Tel.: 55 (55) 3313.7900 – [www.santoangelo.uri.br](http://www.santoangelo.uri.br)**



## **Bancas Examinadoras**

**CHARLISE PAULA COLET GIMENEZ** - Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professora dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI.

**FLORISBAL DE SOUZA DEL'OLMO** - Graduado em Odontologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo. Especialista em Educação pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões e em Direito pelo Instituto Superior de Ensino de Santo Ângelo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Atualmente é Professor do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito e Professor titular da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI).

**GILMAR ANTONIO BEDIN** - Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Atualmente, está fazendo Estágio de Pós-Doutorado na Universidade de Santiago do Chile. Foi Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão e Reitor da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ e Presidente do Consórcio das Universidade Comunitárias do Estado do Rio Grande do Sul - COMUNG. Atualmente, é professor permanente do Curso de Graduação em Direito e do Curso de Mestrado em Direitos Humanos Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e do Curso de Graduação em Direito e do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI)

**JACSON ROBERTO CERVI** - Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com estágio doutoral na Universidade de Sevilha-ES. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e especialização em Direito Público pela mesma Instituição. Professor titular da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Santo Ângelo

**JULIO CÉSAR MAGGIO STÜRMER** - Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo e mestrado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ

**LUANA MAÍRA MOURA DE ALMEIDA** - Graduada em Direito pelo Centro Universitário Metodista – IPA. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo; Professora da Universidade



Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo/RS, onde Coordena o Núcleo de Monografia do Curso de Graduação em Direito.

**LUIZ ALBERTO BRASIL SIMÕES PIRES FILHO** - Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, especialização em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil e mestrado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Atualmente é Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo.

**LUTHIANE PERIN FERREIRA LUNARDI** - Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões e mestrado em Desenvolvimento - área de pesquisa: Direito, Cidadania e Desenvolvimento, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. É professora tempo parcial na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Santo Ângelo.

**MÁRCIO ROGÉRIO DE OLIVIERA BRESSAN** - Graduado em Curso de Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Mestre pela Universidade Regional e Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. Atualmente é Professor contratado da URI e Promotor de justiça - Procuradoria-Geral de Justiça do RGS e já foi professor titular da Universidade Luterana do Brasil, Campus de Carazinho.

**MAURO JOSÉ GAGLIETTI** - Professor do Mestrado em Direito da URI (Santo Ângelo, RS Brasil), dos Cursos de Graduação em Direito da URI, FAI e Faculdades João Paulo II (Santo Ângelo - RS, Itapiranga, SC e Passo Fundo, RS, respectivamente). É Professor dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na UNOESC (Chapecó, SC), ANHANGUERA (Passo Fundo, RS), FAPAS (Santa Maria, RS); FEMA (Santa Rosa, RS), URI (Frederico Westphalen, RS). É Doutor em História/PUCRS e Mestre em Ciência Política/UFRGS, tendo obtido o título de Graduação e de Especialização em História na UFSM. É Mediador extrajudicial em Passo Fundo. Atua como mediador junto a Mediar - Central de Mediação, Conciliação & Arbitragem e Coordena o Núcleo de Mediação no Curso de Direito das Faculdades João Paulo II.

**OSMAR VERONESE** - Graduado em Tecnologia Agrônoma Modalidade Cooperativismo pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, graduação em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo, mestrado em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e doutorado em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales pela Universidad de Valladolid/Espanha, com diploma revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo e da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões e Procurador da República do Ministério Público Federal.

**PAULO ADROIR MAGALHÃES MARTINS** - Mestre em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-graduação em Direito Stricto Sensu - Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Santo Ângelo. Especialista em Gênero e Sexualidade pelo Centro Latino-americano em



Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM/IMS/UERJ). Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Erechim.

**ROSÂNGELA ANGELIN** - Pós-Doutora nas Faculdades EST (São Leopoldo). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu - Doutorado e Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Coordenadora dos Projetos de Pesquisa Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural, vinculado ao PPGDireito.

**TACIANA MARCONATTO DAMO CERVI** – Doutoranda do Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul -UFRGS. Mestre em Direito pela UCS de Caxias do Sul/RS, com formação em Direito Ambiental e Biodireito; especialista em Direito pela URI/Santo Ângelo com formação em novos direitos e bacharel em Direito pela UNIJUI/Ijuí. Professora universitária na URI/Santo Ângelo, em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Assistente técnica do Comitê de Ética em Pesquisa na URI/Santo Ângelo.

**THAIS KERBER DE MARCO** - Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo - RS. Mediadora Judicial do Tribunal de Justiça/RS (CEJUSC Santo Ângelo-RS). Professora na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-URI, Campus de Santo Ângelo e na Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ.

**THAMI COVATTI PIAIA** - Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Contemplada com bolsa da CAPES durante todo o período de doutoramento e contemplada com bolsa do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior pelo período de onze meses na Universidade de Illinois, campus de Urbana-Champaign - Estados Unidos. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Santo Ângelo/RS. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Frederico Westphalen/RS. Professora no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Santo Ângelo/RS.

## Sumário

<b>RESUMOS EXPANDIDOS.....</b>	<b>19</b>
<b>MEDIAÇÃO, SOLIDARIEDADE E EMANCIPAÇÃO.....</b>	<b>20</b>
<i>Alexandra Tewes Dillmann</i>	
<i>Diego Maciel</i>	
<i>Orientadora: Janete Rosa Martins</i>	
<b>PRETOS, POBRES E PUTAS: A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>25</b>
<i>Aline Beatriz Müller</i>	
<i>Charlise Paula Colet Gimenez</i>	
<b>FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO E CIDADANIA COMO PARTICIPAÇÃO: A CONSTRUÇÃO EMANCIPATÓRIA DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E COMPARTILHADA.....</b>	<b>30</b>
<i>Ana Lara Tondo</i>	
<b>QUANTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DESENVOLVIDAS EM NOSSA SOCIEDADE BRASILEIRA, UMA BREVE ANÁLISE DO ACESSO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....</b>	<b>36</b>
<i>Ana Paula de Oliveira Pause</i>	
<b>ANÁLISE DA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA ATRAVÉS DE TEORIAS DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....</b>	<b>40</b>
<i>Anatiely Perez Menchik</i>	
<i>Rodrigo Lucero</i>	
<i>Orientador: Luiz Cláudio Villani Ortiz</i>	
<b>A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO A JUSTIÇA: A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE CIDADANIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA URI, SANTO ÂNGELO/RS.....</b>	<b>45</b>
<i>Anderson de Souza</i>	
<i>Jean Carlos Voges</i>	
<i>Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez</i>	
<b>A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO SOCIAL À LUZ DA TEORIA COMUNICATIVA DE HABERMAS.....</b>	<b>50</b>
<i>Andiara Marques dos Santos</i>	
<i>Orientadora: Janete Rosa Martins</i>	
<b>DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....</b>	<b>54</b>
<i>Arielli Castanho da Silva</i>	
<i>Tayama dos Anjos</i>	
<i>Orientador: Fabiano Prado de Brum</i>	





**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



<b>TRANSCONSTITUCIONALISMO: O DIÁLOGO ENTRE ORDENS NORMATIVAS.....</b>	<b>58</b>
<i>Bruna Escobar Teixeira</i> <i>Péricles Stehmann Nunes</i>	
<b>A QUALIDADE EM PROCESSOS AUTOCOMPOSITIVOS: FERRAMENTAS PARA UM ACESSO QUALITATIVO À JUSTIÇA.....</b>	<b>64</b>
<i>Camila Silveira Stangherlin</i> <i>Mauro Gaglietti</i>	
<b>CRIMINOLOGIA FEMINISTA: A LINHA DIVISÓRIA ENTRE AS MULHERES HONESTAS E DESONESTAS.....</b>	<b>69</b>
<i>Carhla de Oliveira Alves</i> <i>Camila Duarte</i>	
<b>A TOLERÂNCIA E NATURALIZAÇÃO DA CULTURA DO ESTUPRO NA SOCIEDADE PATRIARCAL.....</b>	<b>75</b>
<i>Carhla de Oliveira Alves</i>	
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE AO ERRO MÉDICO E A CONDUTA HUMANA.....</b>	<b>81</b>
<i>Christieli Pereira Almeida</i> <i>Daiuse Rodrigues</i> <i>Professor Orientador - Fabiano Prado de Brum</i>	
<b>REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO.....</b>	<b>85</b>
<i>Claudir Diniz Garcia</i> <i>Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho</i>	
<b>A ALTERIDADE NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS.....</b>	<b>90</b>
<i>Cristiane de Lima Geist</i>	
<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTRANGEIRO NO BRASIL.....</b>	<b>96</b>
<i>Débora Patricia Seger</i> <i>Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez</i>	
<b>DECLARAÇÃO DE NEW YORK: IMPLICAÇÕES NA INTEGRAÇÃO REGIONAL E NO PLANO DE AÇÃO PARA A CONFORMAÇÃO PROGRESSIVA DE UM ESTATUTO DE CIDADANIA DO MERCOSUL.....</b>	<b>100</b>
<i>Diego Guilherme Rotta</i>	
<b>TESTAMENTO VITAL COMO MEIO DE GARANTIA À MORTE DIGNA.....</b>	<b>106</b>
<i>Diego Lemos Maciel</i> <i>Alexandra Tewes Dillmann</i> <i>Orientadora: Taciana Marconatto Damo Cervi</i>	
<b>A PERSISTÊNCIA DA CULTURA COLONIZADORA SOBRE OS POVOS INDÍGENAS NA ATUALIDADE.....</b>	<b>111</b>
<i>Edemir Braga Dias</i> <i>Rosângela Angelin</i>	



**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



**CONTORNOS SOBRE A INJUSTIÇA AMBIENTAL E A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....116**

*Eduarda Perini*

*Suyan Pabline Almeida Siqueira*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida*

**COMPORTAMENTO DO JULGADOR DIANTE DOS CONCEITOS DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA INCORPORADOS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....122**

*Eduardo Matheus Pinto de Oliveira*

*Rossana Birck de Menezes*

**OS PROCEDIMENTOS DE CONTROLE E EXCLUSÃO NO DISCURSO E OS MECANISMOS DE CONTROLE E OS PROCEDIMENTOS DE IMPOSIÇÃO DE REGRAS AOS SUJEITOS DO DISCURSO PELA ÓTIMA DE MICHEL FOUCAULT.....127**

*Eduardo Matheus Pinto de Oliveira*

**MULTICULTURALISMO E DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: UMA ANÁLISE SOBRE A CULTURA DO ESTUPRO.....131**

*Guilherme de Souza Wesz*

*Eliana Swidzikiewicz*

**PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS COMO PRESSUPOSTO DA BIODIVERSIDADE SUSTENTÁVEL.....137**

*Flávio Fagundes*

*Thiago Luiz Rigon de Araujo*

**REDEMOCRATIZAÇÃO DO PAÍS E A EMERGÊNCIA DO MOVIMENTO NEGRO.....142**

*Gabriela Felden Scheuermann*

**MODELOS DE ESTADO E TRIBUTAÇÃO.....146**

*Gabriela Cortezia*

*Eduardo Meyer Mendes*

**MEDIAÇÃO: UMA REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA E CONCRETIZAÇÃO DE CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....150**

*Giovana Krüger*

*Charlise Paula Colet Gimenez*

**A CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS E OS JUIZADOS ESPECIAIS CIVEIS.....155**

*Gissele B. Leal Bertagnolli*

**CIDADANIA, MOVIMENTOS SOCIAIS E OS SUJEITOS HISTÓRICOS DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL.....160**

*Gissele B. Leal Bertagnolli*



**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



**CINEMA E MULTICULTURALISMO: UMA VISÃO DA CULTURA RELIGIOSA  
SOBRE O ABORTAMENTO.....166**

*Guilherme de Souza Wesz  
Nagielly Cigana Mello*

**OS REFUGIADOS E OS DESAFIOS IMPOSTOS AO ESTADO E À COMUNIDADE  
INTERNACIONAL.....172**

*Guilherme Henrique Tavares Diniz  
Orientadora: Sinara Camera*

**A TEORIA DO REENCONTRO MEDIADO COMO MÉTODO PARA TRABALHAR O  
CONFLITO.....178**

*Janete Rosa Martins  
Raul Bohnenberger Mallmann*

**PERSPECTIVA MULTICULTURAL PARA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL POR MEIO  
DA EDUCAÇÃO.....183**

*Jucelma de Cássia Camara Tolotti*

**ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA LEI DA PALMADA/MENINO  
BERNARDO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS  
NO BRASIL.....188**

*Júlia Leidens*

**BREVE REFLEXÃO SOBRE AS MUDANÇAS FAMILIARES À LUZ DAS  
INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS.....194**

*Juliane Pacheco  
Thami Covatti Piaia*

**A REPÚBLICA PODE SER CONSIDERADA UMA CLÁUSULA PÉTREA?.....199**

*Júnior Vieira do Carmo  
Taís de Oliveira da Silva  
Orientador: Mauro José Gaglietti*

**O CÁRCERE FEMININO E O RESPEITO À CONDIÇÃO DA MULHER: UMA  
LEITURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO RIO GRANDE DO SUL À LUZ DO  
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....205**

*Karla Viviane Corrêa Volz  
Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez*

**O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: DIREITO  
DIFUSO E MULTIDIMENSIONAL.....210**

*Kassia da Silva Garcia  
Sarah Costa Rambo  
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida*

**VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DE  
FORMAÇÃO DA CRIANÇA.....216**

*Lara Isabelle Meotti Steinhaus  
Jean Carlos da Silva*



**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



**VISÃO JURISPRUDENCIAL DA COBERTURA SECURITÁRIA EM CASO DE  
SUICÍDIO INVOLUNTÁRIO.....221**

*Laurindo Adão Gibicoski de Souza*

*Juliane Quaresma Obregon*

*Orientador: Fabiano Prado de Brum*

**A MÍDIA COMO FORMADORA DE OPINIÃO NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO  
JÚRI E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO ACUSADO.....227**

*Letícia Pletsch da Silva*

**O PRINCÍPIO DA ISONOMIA DIANTE DO INSTITUTO DA GUARDA  
FAMILIAR.....234**

*Letícia Mousquer Ritter*

*Vicente von Hoonholtz Pinto*

**A CULTURA PATRIARCAL DO ESTUPRO.....241**

*Lisiane Falk*

*Sinara Maria Flores Matozo*

*Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez*

**O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRESSUPOSTO  
LÓGICO À IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE  
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO.....245**

*Luciana Batista*

*Renata Allegretti de Brum*

*Orientadora: Luana Maira Moura de Almeida*

**AS MEDIDAS CAUTELARES E SUA EXPECIONALIDADE: A INFLUÊNCIA DA  
MÍDIA NA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....251**

*Maria Helena Lacerda*

*Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez*

**A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: CONTRIBUIÇÕES E PERSPECTIVAS AO  
PODER JUDICIÁRIO E DIREITO À MORADIA NO BRASIL.....257**

*Marlize Moura Felden*

*Orientador: Jorge Humberto Machado Maroneze*

**A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO SUS ESTENDIDO  
AOS ESTRANGEIROS: A NECESSIDADE DE ACOLHER E RECONHECER O  
DIFERENTE.....263**

*Marsal Cordeiro Machado*

*Osmar Veronese*

**BENEFÍCIOS DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO.....269**

*Martha Diel Casarin Dias*

*Orientador: Valdir Garcia Alfaro*



**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



<b>CONFLITOS ESCOLARES UMA RELAÇÃO ENTRE PAIS E EDUCADORES.....</b>	<b>274</b>
<i>Martha Diel Casarin Dias</i> <i>Bruno Cadore Carnelutti</i> <i>Orientadora: Janete Rosa Martins</i>	
<b>O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL E A DEFESA DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTI NO BRASIL.....</b>	<b>278</b>
<i>Nilton Roberto Cunha</i> <i>Luthianne Perin Ferreira Lunardi</i>	
<b>DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A SUA EFETIVAÇÃO.....</b>	<b>284</b>
<i>Paula Vanessa Fernandes</i> <i>Maiara Frantieska Fernandes</i>	
<b>O DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL ÀS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE DAS CRIANÇAS.....</b>	<b>290</b>
<i>Pitter Gabriel da Natividade Heinzmann</i>	
<b>DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CRIMES PATRIMONIAIS INSCRITOS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: PUNIBILIDADE SELETIVA.....</b>	<b>296</b>
<i>Renato Kusiak</i>	
<b>A RESSIGNIFICAÇÃO DA DIFERENÇA CULTURAL DOS MBYÁ-GUARANI DA ALDEIA TEKOÁ PYAÚ DE SANTO ÂNGELO/RS DIANTE DA SOCIEDADE DE CONSUMO.....</b>	<b>300</b>
<i>Roberta Herter da Silva</i> <i>Norberto Kuhn Junior</i>	
<b>DIÁLOGO DAS FONTES: NOVAS PERSPECTIVAS A PARTIR DA PROBLEMÁTICA DAS FONTES DO DIREITO.....</b>	<b>304</b>
<i>Rodrigo Vidoto Lucero</i> <i>Anatiely Perez Menchik</i> <i>Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida</i>	
<b>AS CORRENTES RELATIVISTA E UNIVERSALISTA E O DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>309</b>
<i>Rodrigo Vieira Lamana</i> <i>Paula Belmonte Rodrigues dos Santos</i>	
<b>MOVIMENTOS FEMINISTAS E DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES.....</b>	<b>315</b>
<i>Rosemara Unser</i>	
<b>A APTIDÃO DA SOCIEDADE COMPLEXA E SISTÊMICA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA AUTOCOMPOSIÇÃO.....</b>	<b>321</b>
<i>Rossana Birck de Menezes</i>	



**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



**MOVIMENTOS SOCIAIS FEMINISTAS E SEUS AVANÇOS.....327**

*Salete da Silva Hoch*

*Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez*

**IDENTIDADE FEMININA E RECONHECIMENTO SOCIAL.....333**

*Thaís Kerber De Marco*

*Robson Esequiel Teichmann*

**EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....338**

*Victória Karoline Da Luz Silveira*

*Milani Bieger Dresch*

**INTOLERÂNCIA, FUNDAMENTALISMOS E NOVOS DOMÍNIOS DA(S)  
IDENTIDADES(S) NO ESPAÇO PÚBLICO BRASILEIRO.....345**

*Celso Gabatz*

**AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA: PROCEDIMENTO (IN)EXPLORADO PELOS MUNICÍPIOS.....351**

*Jaime Roberto Amaral dos Santos*

*Miriane Maria Willers*

**A DIVERGÊNCIA EXISTENTE ENTRE OS ACORDOS NORMATIVOS DO TRIPS E  
CDB.....358**

*Larissa Favareto dos Santos*

*Thiago Luiz Rigon de Araujo*

**ARTIGOS CIENTÍFICOS.....364**

**A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NAS AÇÕES JUDICIAIS  
ENVOLVENDO PEDIDOS RELACIONADOS À SAÚDE.....365**

*Aline Rodrigues Maroneze*

*Sonia de Oliveira*

**A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO  
EDUCACIONAL.....379**

*Alini Bueno dos Santos Taborda*

**SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO:  
UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS EM SOCIEDADES  
MULTICULTURAIS.....393**

*Andrea Simone Lopez da Silva*

*Jacson Roberto Cervi*

**A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O  
INCENTIVO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL.....415**

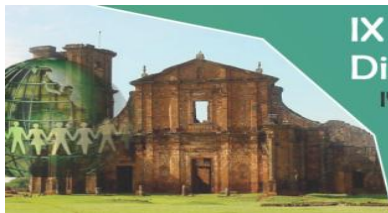
*Artur B. da Rosa*

*Alexsandra Gato Rodrigues*

**A AUTOCOMPOSIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FORMA  
DE ASSEGURAR O ACESSO A JUSTIÇA.....433**

*Bianca Cassiana Ferreira Lorenzi*

*Alexsandra Gato Rodrigues*



**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



<b>UMA POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA DE MEDIAÇÃO.....</b>	<b>451</b>
<i>Bruno Rafael dos Reis</i>	
<b>DIREITO E INTERNET: PROBLEMÁTICAS NA SOCIEDADE DIGITAL E A BUSCA DAS RESPECTIVAS SOLUÇÕES.....</b>	<b>466</b>
<i>Camila Duarte</i>	
<b>A MEDIAÇÃO ENQUANTO TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS: UMA FORMA DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA.....</b>	<b>483</b>
<i>Charlene Dewes Dornelles</i>	
<b>A TRANSIÇÃO DA TECNOLOGIA DA DISCIPLINA À SOCIEDADE DO CONTROLE PÓS-FORDISTA.....</b>	<b>496</b>
<i>Cristiane de Lima Geist</i>	
<b>MOTIVAÇÃO DAS REFORMAS NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA E A AMPLIAÇÃO OU REDUÇÃO DE DIREITOS NAS REFERIDAS NORMAS.....</b>	<b>512</b>
<i>Dauro Vinicius do Nascimento e Silva Marlise Buzatto</i>	
<b>A HIBRIDAÇÃO INTERCULTURAL DE NÉSTOR GARCIA CANCLINI.....</b>	<b>529</b>
<i>Francis Rafael Mousquer</i>	
<b>PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANÁLISE DOS CRITÉRIOS AUTORIZADORES DE UM TRATAMENTO DIFERENCIADO EM FAVOR DOS NEGROS.....</b>	<b>547</b>
<i>Gabriela Felden Scheuermann</i>	
<b>BRASIL, ESTADO LAICO: UM IDEAL TEÓRICO.....</b>	<b>560</b>
<i>Gabriela Gomes Klassmann Jaqueline Michele Saldanha Miranda da Luz Zembrzski</i>	
<b>DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: VISÃO CRÍTICA EM RELAÇÃO À EFETIVAÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS POR PARTE DO PODER PÚBLICO.....</b>	<b>572</b>
<i>Gerson Osvaldo de Souza</i>	
<b>DIREITOS HUMANOS, CONFLITOS ARMADOS E REFUGIADOS.....</b>	<b>589</b>
<i>Guilherme Henrique Tavares Diniz Sinara Camera</i>	
<b>ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: CONCRETIZANDO OS DIREITOS DE CIDADANIA COM RESPEITO AO DIREITOS HUMANOS E AO MULTICULTURALISMO NO BRASIL.....</b>	<b>609</b>
<i>João Martins Bertaso Luthianne Perin Ferreira Lunardi</i>	
<b>O PODER JUDICIÁRIO VISTO COMO PATERNALISTA E PROTAGONISTA: APORTES NECESSÁRIOS.....</b>	<b>628</b>
<i>Joici Antonia Ziegler</i>	



**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



**NEOCONSTITUCIONALISMO: A RECONFIGURAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....643**

*Joici Antonia Ziegler*

**O FASCINANTE MUNDO DA BIODIVERSIDADE E AS INFLUÊNCIAS MERCANTILIZATÓRIAS NA DIVERSIDADE DA VIDA.....656**

*Jonathan Dalla Rosa Melo*

**A AGRICULTURA E OS DESAFIOS COM A GESTÃO DE ÁGUA NOS SOLOS: PENSANDO O SOLO COMO “SER VIVO”.....672**

*Jonathan Dalla Rosa Melo*

**AS NOVAS IDENTIDADES FAMILIARES E A BUSCA POR RECONHECIMENTO SOCIAL: UMA LEITURA A PARTIR DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS.....689**

*Juliane Pacheco*

*Thami Covatti Piaia*

**O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS NA INTEGRAÇÃO DO TRANSEXUAL.....706**

*Kaoanne Wolf Krawczak*

**DIREITOS HUMANOS E GÊNERO: EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA IDEIA DE IGUALDADE EM RELAÇÃO AO TRANSEXUAL.....728**

*Kaoanne Wolf Krawczak*

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A UNIÃO POLIAFETIVA.....750**

*Letícia Mousquer Ritter*

*Maurício Rockenbach*

**OS DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO DEMOCRÁTICO: ENTRE PRÁTICAS LEGISLATIVAS E (IN)VIABILIZAÇÃO DE DIREITOS.....766**

*Luciano Augusto de Oliveira Paz*

*Orientadora: Sinara Camera*

**PRESCRIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E SEUS EFEITOS PARA MENORES E INCAPAZES NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-RECLUSÃO.....783**

*Marlise Buzatto*

*Dauro Vinicius do Nascimento e Silva*

**DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: ESTUDO SOBRE A PRIVATIZAÇÃO DAS CADEIAS.....801**

*Mateus Ciochetta Minuzzi*

*Renata Allegretti de Brum*

**A PERSPECTIVA GAIA: A FIGURA DA “MÃE” NATUREZA.....819**

*Neusa Schnorrenberger*

*Luana Maíra Moura de Almeida*





**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



**POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO EM PROL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....836**

*Paula Vanessa Fernandes  
Marcelo Schenk Duque*

**IDENTIDADE E RECONHECIMENTO DE TRANSEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO PÚBLICO E CARTEIRA DE NOME SOCIAL.....853**

*Paulo Adroir Magalhães Martins*

**PERSPECTIVAS DO DANO AMBIENTAL.....870**

*Raira Moura  
Neusa Schnorrenberger  
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida*

**MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS E DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ESTRANGEIRO VERSUS MIGRANTE.....886**

*Régis Eduardo da Silva  
Sinara Camera*

**IMIGRANTES NO BRASIL: PERCEPÇÕES DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO A PARTIR DA DESIGUALDADE E DA EXCLUSÃO EM MARX.....901**

*Renata Maciel  
Juliana Bedin Grando*

**IGUALDADE FRENTE À DIFERENÇA: DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES.....918**

*Rosângela Angelin  
Angelita Maria Maders*

**PROTEÇÃO DAS CULTURAS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O RESPEITO AO MULTICULTURALISMO.....938**

*Wagner Lemes Teixeira*

**PERSPECTIVA MORAL DAS LUTAS PELO RECONHECIMENTO DE HONNETH: UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM AS TEORIAS DA CONSCIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO MORAL DE JÜRGEN HABERMAS E LAWRENCE KOHLBERG.....951**

*Daniel Mayer de Brum*

**ALIENAÇÃO PARENTAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIENADOR E O CARÁTER PUNITIVO PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....964**

*Juliane Quaresma Obregon  
Laurindo Adão G. Souza*



# IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania

## IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



**Os Resumos Expandidos e Artigos que integram esses Anais são de autoria de professores, mestres, mestrandos e graduandos cuja originalidade se buscou conservar, inclusive no que se refere a metodologia empregada. Os autores e autoras assumem a responsabilidade pelos conteúdos de seus textos.**



## IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania

### IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



# RESUMOS EXPANDIDOS

## **MEDIAÇÃO, SOLIDARIEDADE E EMANCIPAÇÃO<sup>1</sup>**

*Alexandra Tewes Dillmann<sup>2</sup>*

*Diego Maciel<sup>3</sup>*

*Orientadora: Janete Rosa Martins*

### **RESUMO**

Com este breve estudo o que se propõe é uma análise sobre a relação entre mediação, solidariedade e a emancipação. Entende-se que a mediação é transformadora e, através da reconstrução da solidariedade proporcionada por ela, é possível a constituição de um movimento contra hegemônico de caráter emancipatório.

**Palavras-chave:** Comunidade; Emancipação; Mediação; Solidariedade.

### **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada é hipotético-dedutiva com método de pesquisa bibliográfica.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A pretexto das dificuldades de acesso ao sistema judicial a serem demonstradas neste trabalho, logramos engrossar o discurso contra hegemônico de que os interesses sociais disputam espaço a duras penas com o interesse dos grupos dominantes e propomos a mediação, com destaque nas comunidades. Como um movimento contra hegemônico que promove a efetivação de direitos e de cidadania, emancipando, assim, os paradigmas formulados e imputados a toda sociedade pelo grupo dominante.

### **ANÁLISE E DESENVOLVIMENTO**

A fragilidade das relações humanas explicadas por Zigmund Bauman como consequência das mudanças sociais propulsionadas pelo modelo consumista global, onde o indivíduo é incentivado a valorizar a si e aos outros pelo valor do mercado econômico. O consumismo e o descarte são as palavras de ordem e

Pobres daqueles que, em razão da escassez de recursos, são condenados a continuar usando bens que não mais contêm a

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido junto ao projeto de pesquisa e extensão "Os direitos dos cidadãos nos bairros de Santo Ângelo/RS – A Universidade vai a comunidade"

<sup>2</sup> Graduanda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santo Ângelo. E-mail: ale8p@hotmail.com

<sup>3</sup> Graduando em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo. Graduando em Gestão de Recursos Humanos na Companhia Nacional de Escolas da Comunidade – CNEC IESA. Assessor da Coordenação Pedagógica Escola de Educação Básica da URI. E-mail: diegolm@santoangelo.uri.br

promessa de sensações novas e inéditas. Pobres daqueles que, pela mesma razão, permanecem presos a um único bem em vez de flunar entre um sortimento amplo e aparentemente inesgotável. Tais pessoas são os excluídos na sociedade de consumo, os consumidores falhos, os inadequados e os incompetentes, os fracassados — famintos definhando em meio à opulência do banquete consumista. Aqueles que não precisam se agarrar aos bens por muito tempo, e decerto não por tempo suficiente para permitir que o tédio se instale, são os bem-sucedidos (BAUMAN, 2004, p. 32).

Pode ser complementada pelos ensinamentos de Boaventura de Souza Santos que, atribui essa rendição à dominação hegemônica do neoconservadorismo que, segundo o autor,

não faz mais do que fixar o quadro em que uma sociedade civil baseada no mercado funciona e floresce, cabendo ao poder judiciário garantir que o Estado de Direito é amplamente aceite e aplicado com eficácia (SANTOS, 2003, p. 11).

Souza Santos demonstra que o movimento hegemônico controla os mais variados setores dos poderes estatais de forma a ser perceptível que os legisladores são influenciados a aprovar normas que regulamentam a vida das pessoas e permita a perpetuação do sistema global do capitalismo hegemônico. Ao Judiciário cabe a aplicação das normas reguladoras, com seus atores atuando quase sempre como “boca da lei” e em favor do Estado máximo a regulamentar os corpos através de políticas como a da “lei e da ordem”. Sendo está a perspectiva sob a qual recai a crítica de Dworkin de que o “Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional” (DWORKIN, 2000, p. 101).

A intenção, de delegar ao judiciário a aplicação dessas regras, é inviabilizar o tratamento do conflito por meio da proposta da mediação, qual seja, a solidariedade. Demonstrando Bauman que a solidariedade é combatida pela sociedade do consumo, pois por meio da solidariedade as pessoas prestam auxílio umas às outras sem que haja monetização. A solidariedade já é obsoleta e combatida pelo estado que “obcecado com a ordem combateu (correndo riscos) a anarquia, aquela marca registrada da *communitas*, em função da ameaça à rotina imposta pelo poder” e assim o poder do mercado influencia o direito para não deixar se propagar a cultura da capacidade de subsistência humana por meio da ajuda mútua nas *communitas* (BAUMAN, 2004, p. 44).

Em relação a crítica de Dworkin, cabe identificar o que são direitos e para tanto, a concepção mais adequada apresentada está no estudo de Souza Santos sobre se “pode o direito ser emancipatório?”. A resposta encontrada pelo autor é que o direito não pode ser emancipatório, o direito é regulatório. Está a cargo das lutas sociais inaugurar e estabelecer novos direitos.

Portanto, podemos extrair da combinação da concepção dos dois autores que o direito está meramente para regular a sociedade, enquanto a

sociedade por meio de suas lutas conquista direitos e estatui os princípios. Sendo assim, cabe ao judiciário decidir com base nesses princípios conquistados de forma custosa pela sociedade por meio de lutas e revoluções.

Mas este é um ideal a ser construído. Outro fator problemático em relação ao sistema judiciário é a dificuldade de as camadas mais pobres da população alcançarem seu direito de acesso à justiça seja por conta da crise judiciária causada pela explosão de litigiosidade, seja pelos fatores socioculturais que desestimulam a buscar seus direitos pelo meio judicial. Conforme preceitua Souza Santos:

“quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que conheça um advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contatar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais”. (SANTOS, 1999, p.148-149)

Alinha-se a este entendimento o de Sales ao afirmar que

“O entendimento de que o Poder Judiciário não foi criado para os pobres é refletido no fato de que esses indivíduos, mesmo cientes, em muitos casos, de seus direitos, não buscam a instância jurisdicional, pois receiam as solenidades, os juízes, os promotores, todos tão bem-vestidos em suas togas e com falas tão rebuscadas que seria necessário tradutores para a boa compreensão. Receiam o desconhecido, a resolução de conflitos em local não familiar, onde as regras do jogo são ditadas por terceiros também desconhecidos” (SALES, 2004, p. 163).

De toda sorte, abre-se espaço para novos meios para a resolução dos conflitos, mais humanizados e autônomos. Dentre esses meios a mediação nos aparece como propulsora de um novo movimento social de contra hegemonia. Afirma-se que a mediação implementada nas comunidades fortalece e dá as pessoas que vivem ali a oportunidade de tratarem seus conflitos de forma pacífica. Pois, se é verdade que as camadas mais pobres da sociedade hesitam em buscar auxílio estatal na resolução de conflitos, também é verdade que nas comunidades onde vivem essas pessoas, os conflitos são resolvidos por meio da autotutela, vigora a força física em desfavor do diálogo. Isso é o que demonstra Sales ao afirmar que “ se destacam os conflitos penais com 18,45%, demonstrando-se que as pessoas continuam tentando resolver seus conflitos por meio da violência física e moral” (SALES, 2007, p. 219).

A mediação se propõe ao completamente oposto, isto é, ao tratamento do conflito através do entendimento do outro, da alteridade e do diálogo. A mediação é um meio de resolução pacífica dos conflitos que delega às próprias partes interessadas a autonomia para a decisão das controvérsias, sendo o mediador um terceiro imparcial que tratará das partes auxiliando-as na busca do entendimento. Na conceitualização de Lília Salles, “a mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira

pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de divergências” (SALLES, 2007, p. 23).

Para Warat a mediação é um tratamento do conflito através dos sentimentos, “é um processo assistido não adversarial [...] de administração da justiça” (WARAT, 2004, p.62). É um processo pelo qual não pode haver disputas, as partes devem expor seus sentimentos sem argumentar, pois, “o argumento é uma lógica guerreira” (WARAT, 2004, p. 17). Como um método não adversarial de conflitos, a mediação se propõe a dar autonomia às partes para que elas próprias possam tratar seu conflito por meio do diálogo, da alteridade a partir dos sentimentos. O mediador nesse processo é um terceiro imparcial que “deve usar toda a sua sabedoria para conseguir deixar o problema fervendo. Se deixar as partes mornas, será inútil o trabalho, pois elas ficarão novamente frias” (WARAT, 2004, p. 25).

Por meio da mediação a comunidade, por hora abandonada pelo Estado, se fortalece, passa a discutir e lutar por seus direitos, incentiva seus moradores a pensarem de forma crítica, a dialogarem, tendo a oportunidade de se emanciparem resistindo às amarras do colonialismo capitalista. Mas, ao contrário do que possa aparentar não se está tirando o poder soberano do Estado, se está dando às pessoas o direito de exercer sua autonomia e sua cidadania por meio da comunidade, está se emancipando os ignorados sem, contudo, eximir o Estado do seu poder-dever de prestar auxílio na promoção da mediação nas comunidades. Destaca Faley que:

“A Justiça comunitária para a emancipação cria uma cadeia circular entre o conflito, o diálogo, a solidariedade, a comunidade em rede e o Estado, da qual novas práticas sociais emergem. É a partir de um novo olhar sobre o conflito que a retórica dialógica surge como ferramenta de mediação capaz de criar novos saberes e promover a alteridade. [...] A participação do Estado nesse processo, estimulado as iniciativas e coordenando as diferentes experiências, resguarda a autonomia comunitária, potencializa a capacidade de transformação social exatamente onde os conflitos emergem” (FALEY, 2011, p. 263).

Portanto caberá ao Estado o papel de legitimador e potencializador dessa cultura transformadora.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi exposto até aqui pode-se concluir que em decorrência do poder hegemônico do capitalismo globalizado há um grave conflito de interesses, onde os poderes estatais se tornam instrumento para a realização de uma cultura baseada no egocentrismo e no consumo. As habilidades humanas de solidarização e de alteridade são anunciadas como obsoletas e desnecessárias. É incutido nas pessoas a necessidade de consumir e se desvincular das coisas, o mesmo acontece com os relacionamentos. Os laços afetivos cada vez mais tênues são facilmente rompidos e substituídos por outros que trazem novas possibilidades.

O traço mais marcante das pessoas de uma comunidade é a capacidade de alteridade e de se solidarizar com o outro. Este traço precisa ser resgatado, dando-lhes a possibilidade de tratarem autonomamente seus conflitos e formarem uma rede solidária e de união, emancipando-os dos paradigmas sociais preceituados pelo poder hegemônico do capitalismo globalizado no esforço da concretização de seus direitos e de sua cidadania.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

FALEY, Gláucia Falsarella. **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça, e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Poderá o direito ser emancipatório?**. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/1180>>. Acesso em: 19 de set. de 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: ofício do mediador**. v. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



## **PRETOS, POBRES E PUTAS: A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

*Aline Beatriz Müller<sup>1</sup>  
Charlise Paula Colet Gimenez<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente texto tem por intuito abordar sobre a seletividade do Direito Penal brasileiro ao se tratar de determinadas classes da sociedade, especificamente: pretos, pobres e putas. Com a colaboração do capitalismo que dividiu a sociedade em classes, onde uma se encontra como classe dominadora e outra como classe dominada, o Direito Penal tem se comportado de forma estritamente seletiva, onde muito além de selecionar o tipo de crime, acaba fazendo uma pré-seleção dos tipos de criminosos. Assim, a partir do estudo ora apresentado, será feita uma reflexão das diversas formas de criminalização de determinadas camadas sociais, onde por meio do sistema carcerário, da polícia e da mídia, é realizada uma exclusão social, deixando de lado uma parte da população que não é vista e amparada por um denominado Estado Democrático de Direito que beneficia apenas aqueles que detêm o poder.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal; Sociedade de Classes; Criminalização; Seletividade.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Em meio a tantos os princípios a serem respeitados em um Estado Democrático de Direito, acredita-se que o primordial seja o da igualdade. A igualdade é um dos principais pilares de qualquer ordenamento jurídico e deve ser respeitada em qualquer esfera do Direito.

O princípio da igualdade é fundamentado no pensamento de que todos os seres humanos nascem iguais em direitos e obrigações. Assim, se todos são iguais perante a lei, essa também deverá ser a mesma para todos, seja para proteger ou punir.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 4º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. Bolsista PIIC/URI do Projeto de Pesquisa "PRETOS, POBRES E PUTAS: os estereótipos nos discursos de uma sociedade penal punitivista e repressivista. Endereço eletrônico: alinebeatriz09@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora dos Cursos de Graduação e Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa "PRETOS, POBRES E PUTAS: os estereótipos nos discursos de uma sociedade penal punitivista e repressivista, vinculado ao PIIC/URI. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br

Porém, percebe-se que o Direito Penal, ao longo das décadas, tem se comportado de forma estritamente seletiva em sua esfera de seletividade primária e secundária, principalmente em relação a classes sociais, raça e sexo. Em decorrência disso, a criação de estereótipos na esfera criminal, como a de pretos, pobres e putas, se perpetuou ao passar dos anos, sendo uma forma de favorecimento às classes dominantes e ocultação das classes oprimidas.

## **METODOLOGIA**

Para a realização do estudo, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, enquanto método de procedimento bibliográfico. Assim, este trabalho adotou pesquisas qualitativas por meio de livros como, manuais de Direito Penal, livros que tratavam de abordagens como a seletividade do Direito Penal, sistemas carcerários no Brasil, discriminação racial e criminalização de prostitutas e pobres. Também foram realizadas pesquisas sobre a evolução da criminologia ao longo dos anos, abordagens de como foram surgindo as primeiras formas de exclusão social pelo estado. Houve também análises de sites, revistas e blogs de prostitutas que relatam sobre a rotina de uma garota de programa e sobre os preconceitos e repressões que sofrem diariamente em seu trabalho, depoimentos de negros, pobres e prostitutas, disponibilizados na internet.

## **ANÁLISE E DISCUSSÕES**

A criminalização de determinadas classes sociais ao longo da história fez fortalecer o uso de certos estereótipos. Grande parte da população já cometeu algum tipo de crime, porém apenas uma pequena parte deles são divulgados ou sofrem um processo judicial. Assim, percebe-se que o sistema penal é seletivo quanto a estes estereótipos, pois não importa o tipo de crime que se comete, mas sim a situação do indivíduo na pirâmide social.

A atividade de criminalização, desempenhada pelo Estado, desenvolve-se em duas etapas, denominadas respectivamente de criminalização primária e criminalização secundária. “A criminalização primária ocorre no momento em que a lei que incrimina ou permite a punição de determinadas pessoas é sancionada. Por sua vez, a criminalização secundária é exercida sobre pessoas concretas, pelos órgãos estatais como a polícia e o Ministério Público. Quando esses identificam um indivíduo ao qual se atribui a prática de um ato primeiramente criminalizado, é aplicada a ele uma sanção, recorrente ao fato cometido” (GRECO, 2009).

É dentro da criminalização secundária que se vê recorrente o uso de certos estereótipos, pois esta, além de ser seletiva, é muito vulnerável, fazendo com que existam fortes tendências de o poder punitivo ser exercido sobre pessoas previamente escolhidas em face de suas fraquezas como, por exemplo, prostitutas, pobres, moradores de rua e negros.

Estes exemplos são alvos fáceis da sociedade, “já nascem condenados pela sua miséria, indignância e condição social. Vítimas da própria situação em que se encontram ainda sofrem grande preconceito por parte da imprensa que faz questão de fortalecer essa “etiquetagem” em relação a situação social que se encontram, influenciando de forma significativa na criação de leis e na visão da sociedade em geral” (WACQUANT, 2007). Assim, além de excluídos, passam a ser também os escolhidos.

Diante disso, “a ênfase que se dá sobre esses crimes, ao envolver prostitutas, negros ou pessoas de classe baixa, é totalmente excessiva em relação aos ditos crimes de *colarinho branco*”<sup>3</sup> (THOMPSON, 1983).

O sistema econômico atual, que tem total enfoque no poder e geração de lucros, sustentado pela dominação e exploração das classes menores, tem grande influência em relação à seletividade e criação de estereótipos penais.

O Direito Penal, por meio do sistema carcerário, foi uma das formas de controle social encontradas para aqueles que não se enquadram no padrão exigido pelo sistema capitalista. Este, força a sociedade a viver dentro de padrões impostos através de grandes instituições como igrejas, governos, escolas, fazendo com que a população viva de acordo com as “exigências”, ou seja excluída do sistema.

Assim sendo, percebe-se que determinadas camadas da sociedade acabam por não conseguir se adaptar as exigências do sistema, então, tem de ir em busca de outras formas de adquirir sustento, fazendo determinados serviços não respeitados pela maioria, cometendo furtos, se envolvendo com drogas ou se prostituindo.

A partir disso é que surge o Direito Penal como forma de controle social. Essas pessoas excluídas do sistema econômico, que não seguem os padrões de “moral” ou beleza, são criminalizadas, vistas como o problema da sociedade, e precisam ser afastadas dos grandes grupos que seguem a regra da moral e bons costumes. Assim, tornam-se excluídas não somente da sociedade em geral, mas também têm negada a sua dignidade e seus direitos que deveriam ser garantidos pelo Estado.

Diante disso, a reflexão feita é de que na realidade, o objetivo do Estado ao criminalizar a prostituição, os pobres e os negros, nada mais é do que ocultar/excluir uma parte da sociedade que não é respeitada, deixando-os sem direitos e garantias básicas, fazendo o papel apenas de mantê-los longe dos olhos da sociedade em geral que segue os padrões do sistema imposto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir disso, se compreende o quanto os negros, pobres e prostitutas são criminalizados pelo sistema penal. “O preconceito contra pessoas de determinadas raças e classes, se transforma em um grave problema na esfera social, pois, muito além da discriminação e do pensamento de inferioridade, ele passa ao plano de atitudes concretas, segregando grupos e privando-os de

<sup>3</sup> Delito de colarinho branco é aquele cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado *status* socioeconômico.



determinados direitos e condições que abstratamente são garantidos pela Constituição Federal” Cleto (2015).

Em adição, é notório que o sistema penal vai muito além da sua função de proteger a bens jurídicos. “O que se percebe é que o sistema penal é a principal forma que o Estado encontrou de fazer um controle das camadas sociais, o Direito que deveria proteger e garantir a dignidade das pessoas é o mesmo direito que reprime e seleciona os grupos que são privilegiados na elaboração de leis, nos processos e julgamentos” (BARATTA, 2002).

O que se nota é que no lugar de proteger e garantir um tratamento igual entre todos independente de raça, sexo, religião ou classe social o que se vivência é um Estado Democrático de Direito que exclui, seleciona e atende apenas aos chamados daqueles que se encontram no topo da pirâmide social.

Assim sendo, é imprescindível que, diante dos argumentos expostos, seja trabalhado em busca de uma justiça que realmente não tenha os olhos vendados às injustiças sociais. Uma justiça que trate a todos com igualdade, respeitando os princípios constitucionais e aos direitos humanos, que aja de forma imparcial e atenda aos interesses de todos independentemente da situação social em que se encontra.

Respeitar as diversidades sociais, as diversas formas de trabalho e tratar com isonomia a todos os indivíduos vai muito além de cumprir os artigos da Constituição Federal. Tratar a todos com igualdade e oferecer oportunidades àqueles que não possuem condições sociais e financeiras, mais do que um dever do Estado é um dever da sociedade em geral. Assim, quando todos forem olhados da mesma forma no Direito Penal e em todas as esferas do direito, enfim será possível caminhar ao encontro de um verdadeiro Estado Democrático de Direito e de um bem-estar social.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CLETO, Murilo. **Criminalização da prostituição como sintoma**, Agosto, 2015. Disponível em <<http://www.revistaforum.com.br/>> Acesso em: 16 set. 2016.

FURASTÉ, Pedro. **Normas Técnicas para o trabalho científico**. 16. Ed. Porto Alegre, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LIMA, Renato de, RATTON, José, AZEVEDO, Rodrigo de. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.



SURFISTINHA, Bruna. **O doce veneno do escorpião, diário de uma garota de programa.** São Paulo: Panda Books, 2012.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados unidos: A onde punitiva.** 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

## **FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO E CIDADANIA COMO PARTICIPAÇÃO: A CONSTRUÇÃO EMANCIPATÓRIA DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E COMPARTILHADA**

Ana Lara Tondo<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho propõe um empoderamento do cidadão latino-americano por meio da Filosofia da Libertação, nos moldes apontados por Enrique Dussel, com objetivo de questionar criticamente o papel da cidadania, não apenas como uma obrigação relativa ao período eleitoral, mas sim como uma ferramenta pela qual o cidadão é capaz de exigir a efetivação das suas necessidades mais básicas, tirando seus direitos do campo jurídico, transportando-os para a aplicação prática. Assim, a partir de uma libertação da dominação europeia, a Filosofia da Libertação permite que o indivíduo latino-americano reconheça a si e ao Outro como sujeitos ativos de interferência do mundo, e não apenas como meros expectadores, concretizando, dessa forma, a consciência da cidadania.

**PALAVRAS-CHAVE:** Filosofia da Libertação. Cidadania. América Latina.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A cidadania é elemento indispensável para a correção das desigualdades, promoção da dignidade e efetivação dos Direitos Humanos entre milhões de pessoas que enfrentam diariamente o descumprimento dos seus direitos mais básicos. Nesse cenário, a análise dessas questões é efetivada por meio de uma abordagem eurocêntrica, que não contempla as peculiaridades das periferias do sistema-mundo, especialmente no que se refere à América Latina.

Nesse contexto, Enrique Dussel, um dos grandes expoentes da Filosofia da Libertação, propõe uma visão descolonizante e plural da arquitetura política do mundo, provocando uma reflexão crítica da situação da periferia (compreendendo a periferia como aqueles países que estão “fora” dos grandes centros de poder econômico e político mundial) a partir das suas particularidades, incluindo-se, nessa análise, a cidadania, não mais encarada como a mera satisfação das necessidades do burguês-liberal europeu do século passado, mas sim, ressignificando-a a partir dos fundamentos e necessidades latino-americanos.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC/IESA). Acadêmica e Bolsista UNIJUI do Curso de Mestrado em Direitos Humanos do PPGD da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, *campus Ijuí* (UNIJUI).

A partir disso gira o problema central da pesquisa, no sentido de considerar uma relação direta entre as formulações teóricas do pensamento dusseliano e o modelo de cidadania predominante na América Latina. Não obstante, também se questiona acerca da real influência que o pensamento descolonizador exerce sobre a criação de uma noção latino-americana baseada na satisfação das suas necessidades, usando como ferramenta de efetivação, a própria cidadania.

## **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada na pesquisa, quanto à coleta de dados, foi a pesquisa bibliográfica e documental, baseando-se em consultas a obras publicadas, periódicos, documentos internacionais e trabalhos acadêmicos. Já quanto à abordagem do problema, utilizou-se de pesquisa bibliográfica qualitativa, como forma de interpretação e significação dos dados coletados.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A cidadania é um conceito antigo, usado historicamente com fins de integrar o sujeito à comunidade (BELLO, 2015). Para T.H. Marshall (1967), a concepção moderna da cidadania provém de uma evolução neoliberal, democrática e canônica, dividida em aspectos civil – que compreendia a liberdade individual –, político – tratando a respeito da participação do corpo político – e social – no que condiz ao bem-estar do agora sujeito-cidadão. Antonio Carlos Wolkmer (2001) complementa essa diferenciação, alegando que cada um desses momentos compreendia as necessidades de cada época, num processo de evolução de reivindicações, acompanhando as mudanças da própria sociedade burguesa europeia. Isso acabou por vincular o cidadão à uma sociedade política, tornando o exercício dos direitos uma prática legítima e criando poder político a partir da noção de território estatal (BERTASO, SANTOS, 2013).

Todavia, na América Latina, devido à distribuição desigual de capital (político, econômico, institucional, simbólico...), essas reivindicações ainda estão nos campos originários, relacionando-se à própria subsistência da vida, uma vez que muitos direitos ainda não foram admitidos, e os que foram, ainda não encontraram uma plena aplicação prática, permitindo a perpetuação de estratégias de dominação, o que acarreta na exploração de milhares de pessoas (HERRERA FLORES, 2008; WOLKMER, 2001).

O fortalecimento desse processo se relaciona com a cultura liberal-burguesa e a racionalidade positivista, que aprisiona e coisifica o homem. Esse modelo, no entanto, chegou a um esgotamento histórico, acarretando numa crise que envolve o sujeito, a sociedade e o próprio Estado e suas instituições políticas. Essa crise favorece a mudança de paradigmas, criando espaço para o crescimento de contra discursos que apresentam outros fundamentos ético-

políticos a partir de uma emancipação dos indivíduos, criando caminhos alternativos (WOLKMER, 2012).

A busca pela efetivação de demandas sociais se choca com uma realidade de estratificação social de classes antagônicas, de origem racional positiva europeia, que aprisiona e coisifica o homem. Dessa forma, a busca por “novos” direitos é uma luta que encontra legitimidade ante a realidade de precariedade das condições de vida das camadas mais pobres na América Latina (WOLKMER, 2001). “O esgotamento da cultura burguês-capitalista de cunho individualista leva à crise ética da modernidade” (WOLKMER, 2012, p. 247).

Diante disso, a importação irrestrita de modelos econômicos, políticos e jurídicos do chamado Primeiro Mundo contribuiu para a situação de opressão e dominação na América Latina (ARAGÃO, 2004). No entanto, a ruptura dos modelos de poder e a própria crise das estruturas dominantes, como já referido, fortalecem contra discursos, que buscam a emancipação e libertação da situação de alienação vivenciada até então.

Assim sendo, teorias críticas começam a serem aceitas, resultando na transformação das realidades e criação de alternativas aos padrões impostos até então.

Nesse contexto, a elaboração da Filosofia da Libertação, como uma teoria crítica que reconheça as lutas dos dominados, que desvie o protagonismo para a própria sociedade civil, e reconheça uma ética voltada para o Outro como portador de justiça, permitindo o reconhecimento das desigualdades e o papel desempenhado pela América Latina na história mundial (DUSSEL, 2002; QUIJANO, 2005), favorece a elaboração de discursos jurídicos que desvinculem o Direito do positivismo, jusnaturalismo e realismo sociológicos, dominantes na estrutura normativa e acarreta na responsabilidade de despertar o sujeito para a sua realidade opressora, empoderando-o para que ele possa discutir e redefinir o processo de construção do discurso dominante, inserindo, nesse processo, suas próprias pretensões (WOLKMER, 2012).

Para Enrique Dussel (1974), há que se começar a reconhecer o “Outro”, seja enquanto vítima de um sistema econômico excludente, seja enquanto os próprios países latinos, presos em um sistema econômico global imposto pelos países centrais. Esses debates acabam por expandir o modelo marshalliano de cidadania, extrapolando a histórica noção de “*status* de direitos”, baseada na liberdade individual do Estado nacional, assim compreendido a partir da sua limitação territorial, e incorporando um significado de participação jurídico-política universal.

Assim, a cidadania, sustentada em ideias concretas dos cidadãos, na diversidade e busca pela efetivação dos Direitos Humanos e na autonomia do sujeito se torna um potente instrumento de reconhecimento e inclusão das lutas sociais e culturais dos excluídos do sistema social e econômico, promovendo sua cultura e identidade, ultrapassando as fronteiras territoriais, se tornando uma referência para os movimentos sociais (BERTASO, SANTOS, 2013).





Na América Latina, essa expansão cidadã de participação política tem sido constituída a partir de um novo constitucionalismo, elaborado a partir dos anseios da sociedade civil, com uma incisiva participação popular em debates, assembleias e referendos. Além disso, novas instituições vêm sendo criadas, espaços institucionais são ampliados, o pluralismo jurídico ganha legitimidade a partir do reconhecimento de instâncias normativas informais, tais como a jurisdição especial indígena, na Bolívia, que reconheceu os indígenas enquanto sujeitos de direitos (BELLO, 2015).

Assim, partindo da realidade social de dominação do indivíduo latino-americano, a formação da cidadania deve ser voltada para uma ação atuante de transformação visando uma sociedade mais justa. Dessa forma, não há como criar uma sociedade democrática como almejam seus cidadãos para só depois se trabalhar com a formação de cidadãos “ideais”. “A formação humana para a democracia deve anteceder sua conquista” (FERNANDES; MONTRONE, 2009, p. 80). Ou seja, uma visão cidadã possui um “caráter translocal, que vai além da tradicional “integração política” unificadora dos cidadãos em torno de uma etnia ou uma nacionalidade, na medida em que se desconsidera as demais” (BERTASO; SANTOS, 2013, p. 15).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra dusseliana é uma obra latino-americana, criada a partir do local para o qual se destina, inspirando uma rede de outros pensadores das periferias de todo o mundo. Da análise de Dussel, compreende-se uma estrutura política na América Latina que não corresponde mais aos anseios das minorias excluídas e marginalizadas, encarando o seu povo apenas como um bloco oprimido. Diante disso, urge tornar esse povo o protagonista da sua própria história, o que é possível a partir de um pensamento de libertação, que estimule a responsabilidade a partir do reconhecimento do Outro.

Essa estrutura latina chegou a um esgotamento, não efetivando sequer os direitos mais básicos da sua população. Nesse sentido, a sociedade civil, fortalecida pela cidadania e participação ativa na comunidade, adquire legitimidade para se insurgir contra aqueles que lhes negam uma vida digna e exigir o cumprimento prático de todos os seus direitos.

As lutas e conflitos dos sujeitos participantes da vida comunitária encontram cada vez mais juridicidade, inédita até então, garantindo, assim, influência da sociedade civil perante o direito estatal. Não obstante, uma teoria crítica como instrumento para repensar a cidadania, não mais encarando-a como uma condição permanente, mas sim como um novo conceito na América Latina fornece o empoderamento necessário para que o homem e a mulher latino-americanos, assim compreendidos desde sua identidade periférica, possam agir livremente e intervir na construção de uma sociedade cada vez mais democrática, transformando a política num instrumento de reconhecimento.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BELLO, Enzo. **O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Porto Alegre, 7(1). Jan./abril 2015. pp. 49-61.

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

DALLABRIDA, Elias. **Política da libertação dusseliana: uma contribuição à cidadania mundial**. *Revista Guairacá*. Santa Cruz, n. 27, 2011. pp. 165-193.

DUSSEL, Enrique. **Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. **Filosofía Ética Latinoamericana**. De la Erótica a la Pedagogia de la Liberación. Mexico: Edicol, 1977a.

\_\_\_\_\_. **Método para una filosofía de la liberación: superación analéctica de la dialéctica hegeliana**. Salamanca: Sígueme, 1974.

\_\_\_\_\_. **Para uma ética da libertação latino-americana**. Parte I: Acesso ao ponto de partida da ética. São Paulo: Loyola, 1977b.

\_\_\_\_\_. **Para uma ética da libertação latino-americana**. Parte III: Filosofia na América Latina. São Paulo, Loyola, 1977c.

FERNANDES, Sabrina; MONTRONE, Aida Victoria Garcia. **Da tolerância à solidariedade: superação necessária ao exercício da cidadania, na construção de uma sociedade mais democrática**. *Educação em Revista*. Marília, vol. 10, n. 2. Jul./dez. 2009. pp. 73-86.

FLORES, Alberto Vivar. **A Rebelião da Alteridade como fundamento de cidadania: uma contribuição desde América Latina**. *Revista Zonda de Impacto*. Ano 16, vol. 1. Jan./jun. 2014. pp. 25-41.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

HERRERA FLORES, Joaquín. **La reinención de los Derechos Humanos**. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina**. In: *A colonialidade do saber: Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas*



latino-americanas. *CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales*. Buenos Aires, 2005. pp. 117-142.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. pp. 57-114.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. at. rev. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. pp. 57-114.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3ª ed. at. rev. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

## **QUANTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DESENVOLVIDAS EM NOSSA SOCIEDADE BRASILEIRA, UMA BREVE ANÁLISE DO ACESSO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL<sup>1</sup>**

*Ana Paula de Oliveira Pause<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O trabalho tem como foco a problemática do acesso ao direito social saúde, em virtude dos seus aspectos orçamentários existentes no mercado de consumo, bem como na esfera jurídica. Busca compreender os limites do Estado sobre a efetividade dos direitos prestacionais sociais. O tema é atual e pertinente, pois, a demanda judicial tem crescido significativamente em busca da efetivação dos direitos sociais e os limites que o Estado está sujeito, situação esta que tem inviabilizado o exercício pleno da cidadania. Para o desenvolvimento do trabalho em apreço, foi usado como método de abordagem o método dedutivo, e como método de procedimento o dissertativo. A técnica de pesquisa constou do instrumental bibliográfico e documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito. Social. Saúde.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O acesso ao direito social à saúde foi garantido como um direito de todos e dever do Estado, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna, em seu primeiro artigo, consolidou como um dos princípios constitucionais fundamentais o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, a vida é o bem primordial de qualquer pessoa, seu primeiro valor moral, garantindo assim a dignidade, motivo pelo qual é devido a invocação da mesma para proteger e garantir a saúde.

---

<sup>1</sup> Trabalho oriundo da Dissertação de Mestrado "A Implementação do Direito Social ao Acesso à Saúde e a Análise Orçamentária do Direito: da Vedação do Retrocesso Social à Universalidade", orientada pelo Professor Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo–IESA. Pós-Graduada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo–IESA. Mestre em Direito pelo programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões–URI. Pós-Graduada no Curso de Pós-Graduação em Docência para o Ensino Superior, no Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo–IESA. Professora do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo–IESA, no Curso de Direito. Mediadora Judicial em capacitação pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul–NUPEMEC. E-mail: anapaulapause@gmail.com.

## ANÁLISE E DISCUSSÃO

O direito à saúde é um direito fundamental, ou seja, aqueles direitos garantidos a nossa sociedade, previstos em nossa Constituição Federal, no rol do artigo 6º, onde estão elencados os direitos sociais.

Nessa senda, José Afonso da Silva diz que os direitos sociais

disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto, sendo que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos (SILVA, 2007, p. 183).

Nesse sentido, devemos conceituar direitos fundamentais, para uma melhor compreensão da matéria aqui apresentada. Sarlet leciona que:

[...] a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquela posição jurídica que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2010, p. 29).

Riboli (2013, p. 58), define então que os direitos humanos encontram seu reconhecimento e positivação internacional, já os direitos fundamentais são denominações adotadas pelo Estado em suas Constituições.

Outrossim, são então os direitos fundamentais, direitos humanos, da esfera internacional, os quais são trazidos pelo artigo 5º, §2º e 3º da Constituição de 1988, caracterizando então os direitos fundamentais. Dessa forma, observamos que essa distinção é meramente de ordem didática (RIBOLI, 2013, p. 58).

Assume relevo uma concepção, reconhecida na doutrina, de que

os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos” (SARLET, 2012, p. 59).

Nesse diapasão, a saúde<sup>3</sup> é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que objetivam a redução do

<sup>3</sup> Conceito trazido pelo Vocabulário Jurídico.

risco de doenças e outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação.

Quanto a definição de saúde pública<sup>4</sup>, é esta um vocábulo aplicado para distinguir o conjunto de serviços destinados a manter a boa saúde do povo e a salubridade pública, superintendidos, em regra, por um departamento público que recebe esse nome.

Em razão disso, a Organização Mundial de Saúde (OMS) resume objetivamente o conceito de saúde<sup>5</sup>, quando diz ser “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”. Através dessa conceituação passamos a perceber o quão importante são as políticas públicas que devem ser desenvolvidas na preservação de nosso meio ambiente.

Quanto ao conceito de dignidade<sup>6</sup>, entende-se como a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida.

Tais conceitos vêm ainda embasados solidamente nas obras de ALEXY (1986), onde este afirma que “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.

Nesse contexto, faz-se necessário demonstrar que o não acesso de todos os cidadãos à saúde, caracterizará uma crise do estado fiscal, onde se observa ausência de recursos financeiros e políticas públicas, o que estaria atentando o princípio da dignidade da pessoa humana, já que é uma garantia prevista a totalidade da população.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, no caso estudado diante do trabalho apresentado, percebemos que, devido à característica de universalidade, o direito à saúde deve ser garantido a toda sociedade, independente de sua classe econômica. Porém, medidas maiores de compensação devem ser tomadas, para assim, impedir uma crise do Estado social, devido à demanda judicial para prestação deste direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1986.

**Organização Mundial de Saúde.** Disponível em: <  
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS->

<sup>4</sup> Idem 1.

<sup>5</sup> Definição dada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

<sup>6</sup> Idem 1.



Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 30/10/2014.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

## **ANÁLISE DA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA ATRAVÉS DE TEORIAS DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO<sup>1</sup>**

*Anatiely Perez Menchik<sup>2</sup>*

*Rodrigo Lucero<sup>3</sup>*

*Orientador: Luiz Cláudio Villani Ortiz*

### **RESUMO**

O presente trabalho busca, através de uma análise exploratória compreender a promoção da justiça através das teorias de desenvolvimento econômico pela abordagem da Análise Econômica do Direito (AED). O papel do desenvolvimento econômico e social da sociedade e de um regime no qual as pessoas se relacionem de forma justa são alguns dos fatores apontados como necessários para a promoção plena da justiça, mas que divergem das teses de John Rawls e Amartya Sen.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desenvolvimento. Economia. Justiça. Análise.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAS**

Com início em 1960, por Richard Posner (Professor da Faculdade de Direito de Chicago) e a Escola de Chicago, a Análise Econômica do Direito (AED) aprofundou-se na economia neoclássica. Esta foi fundada com base nos princípios da microeconomia, que de acordo com Vasconcellos e Garcia (2014) examina a formação de preços em mercados específicos através de um comportamento racionalista individual dos agentes econômicos que interagem no mercado. Esse comportamento racional é orientado por conceitos individualistas, de satisfação máxima via maximização de lucro.

A AED busca estudar âmbitos mais amplos, além das usuais formulações de regras contratuais e jurídicas, utilizando-se de princípios da microeconomia e da macroeconomia para explicar problemas econômicos, que possuem forte influência sobre os fatos jurídicos. De acordo com Salamana pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídicas-políticas. Esta disciplina não pode de forma nenhuma ser vista como uma ciência exata, pois não fornece uma resposta absoluta e definitiva aos dilemas que estuda (SALAMANA, 2008, s.p.).

Partindo do pressuposto de que todo fato econômico é também um fato jurídico, e que a busca por satisfação pessoal (via atendimento de

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir da disciplina de Economia Política ministrada pelo Professor Orientador.

<sup>2</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS. E-mail: anatiely@live.com

<sup>3</sup> Graduando do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS. E-mail: rodrigo\_nabr17@hotmail.com



necessidades) ocorre via transação econômica, então, toda transação (contrato/interação entre partes) gera um fato jurídico.

Podemos dizer que, a busca pela maximização das utilidades pessoais, irá gerar algum efeito no plano coletivo, assim como, um fato jurídico. Fato jurídico esse controlado/ regido por contratos ou regras coletivas para garantir os direitos e gerar segurança jurídica.

Busca-se então nessa pesquisa compreender as concepções de justiça pela abordagem do conceito de eficiência, analisando comparativamente os enfoques teóricos de John Rawls e Amartya Sen. Analisa-se como estas relações podem através de um plano coletivo intervir nos comportamentos individuais e no desenvolvimento, dados por uma orientação de eficiência. Na concepção de Meneguín o Estado precisa atuar na economia, pois o mercado por si só apresenta falhas (serviços que todos precisam contratar porém não são lucrativos), assim evita monopólios (MENEGUÍN, 2011, s.p.). Entretanto esta atuação pode ser boa ou ruim, gerar incentivos bons ou ruins. A legislação tem um grande impacto sobre o comportamento do indivíduo, portanto deve ser pensada de modo que beneficie a todos gerando bons incentivos.

## **METODOLOGIA**

O procedimento utilizado foi da pesquisa bibliográfica, dentro das concepções de justiça de Rawls e Sen, com o objetivo de expor de forma aberta como a “Justiça como equidade” e o “Desenvolvimento como liberdade”, mostram as idéias que cada um deles possui acerca desenvolvimento econômico justo.

Em nenhum momento são feitas formulações de hipóteses, apenas são analisadas e discutidas as teorias dos pensadores de forma exploratória e caráter bibliográfico qualitativo.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Nas concepções de justiça de Rawls podemos a ver igualdade como principal medida democrática. Sua tese de “justiça como equidade” baseia-se na ideia de uma cooperação social da qual os indivíduos fazem parte, e nela são vistos como livres e iguais pelo autor. Através de uma filosofia política que se caracteriza pelos seguintes aspectos: ser a base para um acordo filosófico e moral que reduza as diferenças políticas e mantenha a cooperação social com base no respeito mútuo; possuir instituições políticas e sócias com metas e aspirações com a função de orientar o povo; buscar sentido na história, o que teria a função de reconciliação e nos faria aceitar e afirmar nosso mundo social. Segundo estas ideias, é necessário um senso comum de justiça e no qual os indivíduos participem por acreditarem na cooperação social.

Por fim, e para antecipar, como a justiça como equidade se apresenta como possível foco de um consenso sobreposto razoável, e como a estrutura básica é o objeto primário, os limites e características dessa estrutura têm de ser definidos e especificados

de uma maneira que, se possível, pelo menos, permita, ou até estimule tal consenso (RAWLS 2003, p. 17).

Rawls argumenta sobre dois meios de obter justiça: a partir de liberdades básicas iguais e bens primários.

- (a) Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- (b) As desigualdades iguais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar tem de beneficiar em máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença) (RAWLS, 2003, p. 60).

Surge então a ideia de justiça distributiva de Rawls, definindo a maneira como os recursos da sociedade deveriam ser repartidos de forma mais igualitária, e que a sociedade se desenvolveria através deste meio de justiça.

Em contraponto, o economista e filósofo indiano, Amartya Sen formulou sua tese de "Desenvolvimento como liberdade", que se difere das concepções mais tradicionais que se fixam apenas na renda. Para Sen,

Geralmente temos excelentes razões para desejar mais renda ou riqueza. Isso não acontece porque elas sejam desejáveis por si mesmas, mas porque são meios admiráveis para termos mais liberdade para levar o tipo de vida que temos razão para valorizar. A utilidade da riqueza está nas coisas que elas nos permite fazer – as liberdades substantivas que nos ajuda a obter (SEN, 2000, p. 28).

O aumento de nossa capacidade produtiva através da liberdade tornaria nossa vida mais rica e desimpedida, nos permitiria ser seres mais completos que colocariam em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2000, p. 28).

A tese de Sen defende que a ideia de funcionamento, ela está ligada a um bom estado de saúde, uma condição de sobrevivência e de poder escapar de uma morte prematura, estar feliz, ao autorespeito, fazer parte da vida em comunidade (SEN *apud* KANG, 2011, s.p.). Em conjunto, a capacidade seria todos estes funcionamentos aplicados, o que culminaria no bem estar efetivo da pessoa, porém, para isso seria necessária a liberdade para alcançar este bem estar. Ele defende que o funcionamento e capacidade estão interligados na obtenção da liberdade.

Rawls concorda com Sen da importância de que as capacidades básicas são de suma importância para o desenvolvimento e para promoção de uma justiça equitativa, no entanto devem ser avaliadas as condições acerca das capacitações. É necessário levar em conta as habilidades de cada pessoa de desenvolver e administrar suas capacidades, assim como algumas se destacam e possuem facilidade, outras sofrem com a falta de recursos e instrução (KANG, 2011, s.p.).

No artigo que professor Thomas H. Kang fez sobre justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen, ele fala que apesar das diferenças também ocorrem similaridades entre as teorias. Ambas podem ser vistas como uma resposta ao utilitarismo (KANG, 2011, s.p.). A ética normativa do utilitarismo apresentada por John Stuart Mill, que assim como Adam Smith, reproduzia o pensamento clássico econômico, que entendia que a livre concorrência é quem levaria a sociedade ao crescimento econômico sendo guiador por uma “mão invisível”, e os próprios agentes, na sua busca pelo máximo de lucro, acabariam promovendo o bem estar da comunidade (VASCONCELLOS, GARCIA. 2014, p 209-293).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das diferentes concepções de justiça entre as teses de Rawls e Sen, pode-se posicioná-las em nosso cotidiano. São grandes as contribuições de Sen para o Índice de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas (KANG, 2011, s.p.). Ele serve para fazer uma comparação entre os países, medindo o grau de desenvolvimento econômico e qualidade de vida dos habitantes. Notamos a presença das teses de desenvolvimento econômico quanto a efetivação de políticas públicas do governo.

Diante das análises feitas é feita a conclusão de que “[...] a riqueza evidentemente não é o bem que estamos buscando, sendo ela meramente útil em proveito de alguma outra coisa.” (ARISTÓTELES *apud* SEN, 2000, p. 28).

## REFERÊNCIAS

KANG, Thomas H. Justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen. **Revista de Economia Política**, vol.31, nº3 (123), pp. 352-369, julho-setembro/2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v31n3/02.pdf>>. Acessado em 20 set. 2016

MENEGUIN, Fernando. Como as Leis e o Poder Judiciário afetam a Economia? **Instituto Braudel**. Fevereiro/2011. Disponível em <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/02/13/como-as-leis-e-o-poder-judiciario-afetam-a-economia/>>. Acessado em 28 set. 2016.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. KELLY, Erin [Org.]. Tradução Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALAMANA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? **Law School**. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/16/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/)>. Acessado em 23 set. 2016.



SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Moura; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de Economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

## **A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO A JUSTIÇA: A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE CIDADANIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA URI, SANTO ÂNGELO/RS**

*Anderson de Souza<sup>1</sup>*

*Jean Carlos Voges<sup>2</sup>*

*Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez*

### **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar o acesso a justiça como uma forma justa e um direito fundamental do ser humano, no qual é destacado a ineficiência do Poder Judiciário que devido às constantes mudanças pela qual a sociedade vem sofrendo ao longo da história, o Poder Judiciário se mostra insuficiente para solucionar a grande demanda de ações judiciais, e em meio a este cenário busca-se apresentar uma solução através do projeto "Núcleo de Cidadania" destacando a realização de seu trabalho diferenciado no auxílio às pessoas hipossuficientes. A metodologia utilizada nesta pesquisa compreende o modo de abordagem hipotético-dedutivo; o método de procedimento empregado foi o monográfico e, no que se refere à técnica da pesquisa, foi utilizada documentação indireta (legislação constitucional e infraconstitucional, periódicos e doutrinas).

**Palavras-chaves:** Acesso à Justiça. Direito Fundamental. Tratamento do Conflito. Cidadania. Ordem Jurídica Justa.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho de pesquisa procura abordar o projeto de extensão "Núcleo de Cidadania", o qual é desenvolvido pelo Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Santo Ângelo, e visa acesso à justiça como um direito fundamental assegurado constitucionalmente ao cidadão, o qual buscar garantir o acesso à justiça como uma ordem justa a pessoas hipossuficientes, dando-lhes o adequado tratamento ao conflito a partir da busca pela justiça através de consultoria jurídica, advocacia preventiva, encaminhamento extrajudicial e conciliação extrajudicial e judicial.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Sétimo Semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. E-mail: anderson.de1990@hotmail.com

<sup>2</sup> Acadêmico do Décimo Semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. E-mail: jeancarlosvoges@hotmail.com

## METODOLOGIA

O método de abordagem mais apropriado para o presente estudo é o hipotético dedutivo e o método de procedimento é bibliográfico, pois são os meios mais adequados à pesquisa proposta. A coleta de dados para a elaboração da pesquisa será por documentação indireta, por meio de pesquisa a livros e leis com auxílio das técnicas de fichamento.

## ANÁLISE E DISCUSSÃO

Inicialmente, com o desenvolvimento social e cultural – histórico – ocorrido nos últimos anos, nota-se que os direitos fundamentais acabaram por ter valores mais relevantes, ou seja, as relações sociais tornaram-se mais complexas. Sendo assim, o acesso à justiça tem suma importância neste meio. Então nota-se que este é um direito reconhecido como um direito fundamental do ser humano (COMPARATO, 2001, 26).

Nesse sentido Norberto Bobbio aponta que para ocorrer este tipo de fundamentalidade deve haver também “renúncias recíprocas” que partem do ponto de vista que se geram a partir dos seus “valores últimos” conforme o mesmo destaca em sua obra a seguinte denominação:

De resto, os valores últimos são antinômicos: não podem ser todos realizados globalmente e ao mesmo tempo. **Para realizá-los, são necessárias concessões de ambas as partes: nessa obra de conciliação, que requer renúncias recíprocas,** entram em jogo as preferências pessoais, as opções políticas, as orientações ideológicas. Portanto, permanece o fato de que nenhum dos três tipos de definição permite elaborar uma categoria de direitos do homem que tenha contornos nítidos (BOBBIO, 2004, p.13, grifo nosso).

Contudo, esses direitos fundamentais se atualizam de acordo a necessidade assim como também o interesse do homem conforme se pode ver na teoria das divisões dos direitos fundamentais. A primeira geração a ser apontada nessa teoria diz respeito aos direitos conquistados através da luta pela liberdade e pela segurança do Estado. Assim, Paulo Bonavides menciona esta como “[...] representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais” (BONAVIDES, 2003).

A segunda geração aborda os direitos considerados sociais – tratam das liberdades positivas, reais ou concretas- e começaram a ser conquistados após a Revolução Industrial. Movimento que ficou marcado pela busca de direitos para atender as necessidades apresentadas pela sociedade da época conforme aponta a visão de Cavalcante Filho:

[...] os direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar (direitos positivos, como saúde, educação, moradia, segurança pública e, agora, com a EC 64/10, também a alimentação). Baseiam-se na noção de



igualdade material (=redução de desigualdades), no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas (educação, saúde) para exercê-la. Começaram a ser conquistados após a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar pela categoria (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 12).

Em relação a essa segunda geração Paulo Bonavides, destaca que esses são “direitos sociais, culturais e econômicos”, não são direitos individuais e sim coletivos “introduzidos pelo constitucionalismo das distintas formas de Estado Social” que passaram a originar junto consigo uma ideologia e reflexão considerada pelo mesmo como antiliberal e assim “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (BONAVIDES, 2003, p. 564).

O entendimento trazido por Ingo Wolfgang Sarlet aponta que esses direitos da segunda geração se diferem do princípio da justiça social, pois sua conceituação aponta que:

[...] além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico (SARLET, 1989, p. 50).

Já a terceira geração de direitos fundamentais dá ênfase aos interesses difusos e coletivos e a partir da visão de Paulo Bonavides adentra que este é:

[...] os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 2003, p. 569).

É em meio de tantos interesses buscados através dessas gerações surge então o acesso à justiça que “serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico-sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPELETTI, 2002, p. 08).

Com o objetivo de proporcionar maior efetividade ao acesso à justiça, no que tange ao ordenamento jurídico pátrio, garante ao cidadão o acesso à justiça, como um direito, baseado no princípio fundamental da inafastabilidade da apreciação judicial, o qual vem expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, surge o projeto “Núcleo de Cidadania” como tema central a prestação de assistência jurídica às pessoas que vivem nas comunidades

carentes dos municípios de Santo Ângelo, Entre-Ijuis, Eugênio de Castro, São Miguel das missões e Vitorias das Missões, já que o Poder Judiciário não está suficiente preparado para oferecer – sozinho – solução para atual demanda. Nota-se que as pessoas que não tem meios para custear as despesas que um processo gera, assim, como também pela falta de orientação de um profissional apto e/ou capacitado são deixadas de lado, ou seja, restam por não terem acesso à justiça e buscando auxiliar as pessoas o projeto Núcleo de Cidadania trabalha, então, com dois eixos, em um primeiro momento é trabalhado na forma de prevenção, assim como também, orientação para que o cidadão seja aconselhado juridicamente de modo que evite a instauração do conflito. Posteriormente em um segundo momento é trabalhado a solução de forma amigável, onde se destaca o uso da celebração de acordos ou mediante a arbitragem.

Em funcionamento desde março de 2016, é um projeto desenvolvido pela professora Dr<sup>a</sup> Charlise P. Colet Gimenez e conta com bolsistas voluntários sendo esses acadêmicos do curso de direito a partir do 4<sup>a</sup> semestre da graduação e monitorados por uma advogada e um professor. Atualmente, o projeto funciona na sexta-feira das 09:00 ao 12:00 no segundo andar do fórum da comarca de Santo Ângelo –RS. Com isso, a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Santo Ângelo – URI, através do Núcleo de Cidadania e do Núcleo de Prática Jurídica – NPJUR, realizar junto a sociedade um trabalho de prevenção, auxiliando e prestando informações relacionados a problemas jurídicos que englobam a população carente, garantindo, assim, um auxílio jurídico gratuito.

Outra finalidade do projeto é mostrar uma visão mais cidadã ao acadêmico, ora estagiário, apresentando a ele uma possibilidade de mudanças sociais pelo seu comprometimento que até então é resultante das atividades acadêmicas a serviço da sociedade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os Núcleos de Práticas Jurídicas são instaurados dentro das universidades com o intuito de formar profissionais competentes. Em outro norte, é viabilizado o acesso à justiça a quem não tem condições de arcar com os custos de um processo, buscando o devido aprendizado dos acadêmicos, fazendo, assim, uma relação entre comunidade e universidade. Com isso, foram apresentados os meios alternativos criados pela própria legislação. A exemplo disso, tem-se a Defensoria Pública e o CEJUSC, que muito embora disponibilizem um serviço gratuito de acesso à justiça, não supriram a necessidade das demandas. A partir disso, a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Santo Ângelo – URI, com iniciativa professora Dr<sup>a</sup> Charlise P. Collet Gimenez do Curso de Direito, realizou o trabalho e a criação do projeto de extensão “Núcleo de Cidadania”, visando, assim, prestar assistência gratuita e solucionar pequenos litígios de forma extrajudicial da população que abrangem a comarca de Santo Ângelo-RS.



## REFERENCIAS

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**: 1 ed. [S.L.]: SERGIO FABRIS, 2002.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindadade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> acessado em 26 set. 2016>

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1989.

## **A MEDIAÇÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO SOCIAL À LUZ DA TEORIA COMUNICATIVA DE HABERMAS<sup>1</sup>**

*Andiara Marques dos Santos<sup>2</sup>  
Orientadora: Janete Rosa Martins<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

No presente trabalho buscou-se analisar a Teoria Comunicativa de Habermas como norteadora do procedimento mediático e a mediação, enquanto forma de tratamento de conflitos, como facilitadora ao acesso à justiça e meio de inclusão social com procedimento pautado, primordialmente na comunicação e na constante busca pelo mútuo entendimento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à justiça. Inclusão social. Mediação.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O primeiro instituto social no qual convivemos, e que fornece os ideais de respeito as normas e aos demais cidadãos é a família; contudo, ao longo da vida humana, rotineiramente, os cidadãos deparar-se-ão com situações conflitivas, em algumas serão os protagonistas, noutras os espectadores.

Diante dessa realidade e do fato de ser o conflito algo inerente ao ser humano (SALES, 2007, p.23), de suma importância apresenta-se o estudo e a busca pelo desenvolvimento de formas de tratamento de conflitos capazes de, efetivamente, resolver contendas e restaurar a paz social. Propiciar-se-á, dessa forma, a inclusão social por meio do efetivo acesso à justiça.

Para tanto, o presente trabalho tem por escopo principal apresentar o estudo desenvolvido acerca da mediação, enquanto forma alternativa de resolução de conflitos, como política pública de inclusão social por meio da concretização da garantia constitucional do acesso à justiça, com procedimento embasado na Teoria do Agir Comunicativo de Jurgen Habermas, enquanto “[...] agir orientado para o entendimento mútuo” (HABERMAS, 1989, p. 164).

---

<sup>1</sup> Título pertence ao projeto de pesquisa: “A Humanização do Poder Judiciário por meio da Mediação : Inquietações e Reflexões”. Apoio: PIIC/URI.

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de direito, 6º semestre, da Universidade Regional e Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Campus Santo Ângelo / RS. E-mail: andiaramarquesdossantos@yahoo.com.br.

<sup>3</sup> Doutoranda em Ciências Sociais pela UNISINOS( São Leopoldo) , Mestre em Direito pela UNISC (Santa Cruz do Sul), especialista em Direito Público pela UNIJUÍ (Ijuí) graduada em Direito pela UNIJUI(Ijuí), professora titular da Graduação e Especialização da URI (Santo Ângelo). E-mail: janete@santoangelo.uri.br

## **METODOLOGIA**

Foi utilizada na presente pesquisa o método de análise hipotético-dedutivo, através da análise de documentação indireta, ou seja, da análise de material bibliográfico relacionado ao tema em questão.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Entretanto, relacionar-se com outros indivíduos é tarefa cotidiana; todavia, passível do surgimento de conflitos diante da mesma. A partir desse pressuposto deve-se destacar o fato de que:

As pessoas tornam-se individualistas, não por escolha, mas a fim de garantir o mínimo para sua manutenção. A comunicação entre as pessoas resta dificultada, visto que, diante de tantas necessidades, raro se torna o diálogo pacífico, principalmente diante de conflitos de relacionamento. Acaba-se o sentimento de solidariedade, de ajuda ao próximo. (SALES, 2004, p.13)

No momento em que indivíduos não conseguem praticar a solidariedade, no momento em que o individualismo toma conta e impensável torna-se a possibilidade de “Tirar o foco de si mesmo e colocá-lo no todo (família, empresa, vizinhança)” (SALES, 2007, p.28), tendo em vista que tal fato é “fundamental para facilitar a compreensão da responsabilidade de cada um para a solução do problema”(SALES, 2007, p. 28), mister se faz o apontamento aos dois tipos de ação criadas por Habermas, que são: a ação instrumental e a ação comunicativa. Segundo Sales “ A ação instrumental representa a ação técnica, na qual são aplicados os meios para a obtenção dos fins”(2004, p. 173), por outro lado, “falo em agir comunicativo quando os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir suas respectivas metas sob a condição de um acordo existente ou a se negociar sobre a situação e as consequências esperadas” (HABERMAS, 1989, p. 165), ou seja, mesmo que inconscientemente, a primeira teoria ilustra o posicionamento tomado pelo ser humano favorável à individualidade, lado outro, a segunda teoria demonstra um olhar mais atento direcionado ao social, de modo a estabelecer um acordo.

As desigualdades presentes na sociedade implicam fortemente no efetivo acesso à justiça, tal fato repercute diretamente sobre a garantia constitucional ao efetivo acesso à justiça. Uma análise atenta direcionada à Jurisdição, quanto a questão econômica, demonstra que

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa [...] (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 21)

A mediação enquanto forma de resolução de conflitos, por possuir procedimento simplificado, célere, que leva em consideração princípios, como, por exemplo o de liberdade das partes, é uma esperança diante do cenário conflitivo vivenciado pelos brasileiros, tal que:

A mediação, como explicitado anteriormente, representa uma autocomposição assistida, o processo pelo qual uma terceira pessoa facilita a comunicação entre as partes almejando a solução e a prevenção de conflitos. O mediador é quem oferece, através de seus métodos próprios, maior possibilidade de solução satisfatória de conflitos. (SALES, 2004, p. 40)

Para que os conflitos recebam o devido tratamento a linguagem e a interpretação fazem-se de suma importância para a dissolução de contendas, visto que estabelecer-se-á um acordo no momento em que as partes, por meio da mútua compreensão, atinjam um consenso, para tanto

Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma manifestação externa não pode ser tido na conta de um acordo. (HABERMAS, 1989, p. 165)

A mediação pode ser considerada forma de inclusão social à medida que proporciona aos indivíduos a efetivação da garantia constitucional ao acesso à justiça, esta deve ser entendida como um direito capaz de propiciar a efetivação dos demais (SANTOS, 2013, p. 205), pode ser vista como os primeiros raios de sol que irradiam uma manhã marcada pela névoa, capaz de trazer paz para as relações conflituosas ao propiciar o efetivo acesso à justiça por meio diferenciado, ou seja, baseado na vontade nas partes, o que propicia aos cidadãos a efetivação de tal garantia constitucional e atua como política pública de inclusão social, visto que

A força social da mediação radica em sua possibilidade retirar operadores do direito de seu labirinto, levá-los para as práticas existenciais. As práticas jurídicas precisam encontrar a saída para o mundo, aproximar-se aos excluídos do labirinto, e ainda aos que estão pior que os excluídos, que são os esquecidos do mundo; aqueles que o social sequer repara a sua existência. (WARAT, 2010, p. 3)

A mediação ao mesmo tempo que trata litígios inclui os excluídos à medida que proporciona a humanização do Judiciário por meio de procedimentos comunicativos que priorizam a busca pelo entendimento, pelo colocar-se no lugar do outro a fim de que os envolvidos numa contenda possam, efetivamente, concretizar sua cidadania e acessar à justiça por meio da mediação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação pode ser considerada forma de política pública de inclusão social, vez que propicia a inclusão dos indivíduos em condições menos privilegiadas pois consegue atrair de forma efetiva os cidadãos para a realização do tratamento. Pode ser considerada forma de acesso à justiça e, ademais, fomentadora da efetivação das demais garantias constitucionais, além de ser, como prevê o preâmbulo constitucional, meio pacífico de resolução de controvérsias com procedimento pautado no diálogo e na busca pelo entendimento mútuo embasado pela Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, visto que, segundo o autor, fala-se em agir comunicativo quando “[...] os atores tratam de harmonizar internamente seus planos de ação e de só perseguir a situação ou as consequências esperadas”. (HABERMAS, 1989, p. 165), para tanto o mediador fará uso da comunicação e do intenso questionamento às partes sobre questões relacionadas a situação para que, através do diálogo e da formulação de respostas a tais questões, as partes construam uma solução que ilustrará a efetivação do acesso à justiça e o exercício da cidadania.

## REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito editorial, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

## **DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS<sup>1</sup>**

*Arielli Castanho da Silva<sup>2</sup>*

*Tayama dos Anjos<sup>3</sup>*

*Orientador: Fabiano Prado de Brum*

### **RESUMO**

O assunto a ser abordado é sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o qual encontra-se respaldado na Lei 13.105/15, a partir dos artigos 976 ao 987. O estudo realizado, aponta a questão do elevado número de demandas no poder judiciário, demonstrando neste sentido que com este o incidente de resolução de demandas repetitivas, serve como um facilitador para a resolução das demandas pelos legisladores. O presente trabalho de pesquisa assenta-se no estudo bibliográfico a doutrina, e artigos científicos disponíveis em revistas, estando ele embasado no método de abordagem dialético.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil. Demandas Repetitivas. Resolução de Demandas em Massa.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho terá como objetivo abordar um tema atual que recentemente adentrou no sistema jurídico por meio da Lei 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), qual seja, o incidente de resolução de demandas repetitivas, assunto com ampla relevância jurídica e social que, na prática forense, já vinha sendo utilizado pelos julgadores, mesmo que com regulamentação ainda precária, porém como será explanado com a pesquisa que foi realizada, agora o incidente de demandas repetitivas se encontra regulamentado pelo Código de Processo Civil, que como será demonstrado com esta pesquisa tem como objetivo o desafogamento do poder judiciário, frente ao número elevado de demandas, que atualmente cada vez mais está aumentando.

---

<sup>1</sup>Pesquisa realizada pelas acadêmicas, de forma autônoma, sob a orientação do professor Fabiano Prado de Brum no Curso da Graduação em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, *Campus* Santo Ângelo-RS.

<sup>2</sup>Graduanda do 10º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, *Campus* Santo Ângelo-RS. E-mail: ariellicastanho@hotmail.com.

<sup>3</sup>Graduanda do 10º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, *Campus* Santo Ângelo-RS. E-mail: tayamad@hotmail.com.

## **METODOLOGIA**

Quanto à metodologia que irá ser aplicada neste trabalho de pesquisa, assenta-se no estudo bibliográfico a doutrinário, e na legislação específica e artigos de revistas disponíveis, estando ele embasado no método de abordagem dialético, uma vez que esses métodos selecionados permitirão analisar a questão do incidente de resolução de demandas repetitivas com relação a esta nova abordagem no atual Código de Processo Civil.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Pode se entender que o Novo Código de Processo Civil, inovou e modificou várias situações previstas no antigo CPC/73, E nota-se a aplicação de um direito que surgiu de novas relações sociais estabelecidas na coletividade, tornando possível uma tutela jurisdicional mais ampla, de forma a atender os alvos de cada situação.

Os tribunais brasileiros têm um número elevado de processos judiciais, sendo esse um dos elementos pelos quais o Judiciário está abarrotado, prejudicando o acesso à justiça e a celeridade processual. E com a máquina judiciária lotada juristas e legisladores tentam buscar meios alternativos a fim de resolver as “demandas massificadas” com mais agilidade. Até porque, a resolução de processos com assuntos repetitivos em um prazo razoável, constitui, hoje, garantia fundamental, entendendo-se como tal aquele indispensável para a apuração dos fatos e a consequente efetivação do direito.

Na linha da celeridade processual foi disciplinado no antigo CPC o art. 543-B, o chamado julgamento repetitivo, visando, em síntese, atribuir, por meio de um “processo modelo”, definir uma determinada tese jurídica será aplicada de forma geral a todos os casos semelhantes. Criou-se, ainda, o instituto da repercussão geral, a qual foi num primeiro momento foi apresentada pela “[...] Emenda Constitucional nº 45/2004, incluindo a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo Supremo Tribunal Federal [...]” de modo que este instituto foi devidamente regulamentado com as alterações realizadas no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Tribunal Federal (STF, s.a., s.p.).

De modo que, este instituto traz algumas características, as quais “[...] demandam comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos [...]”, a fim de alcançar uma “[...] padronização de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e nos demais órgãos do Poder Judiciário [...]”(STF, s.a., s.p.).

Neste sentido, a repercussão geral tenta alcançar “[...] os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados [...]”, tornando-se um requisito necessário para que os

recursos extraordinários sejam recebidos, sob pena de serem indeferidos (STF, s.a., s.p.).

Seguindo a linha de racionalização judicial, o incidente de resolução de demandas repetitivas, trazido pelos artigos 976 a 987 do CPC, é um mecanismo que tem como objetivo uniformizar tese jurídica, para evitar divergências em decisões tomadas com idêntico paradigma fático-jurídico, tais como exemplo aquelas envolvendo planos de saúde, telefonia, juros e multas em cartões de crédito, dentre outras questões que se encontram no dia a dia da sociedade.

Temos então, a previsão do art.976 que abrange a possibilidade de se instaurar o incidente quando ocorrer de ter mais de uma ação com a mesma finalidade unicamente a questão de direito a fim de aperfeiçoar nosso sistema processual de segurança jurídica

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:  
I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;  
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (BRASIL, 2015, s.p.).

A previsão do art. 980 traz o entendimento que o incidente deve ser julgado dentro do prazo de um ano, sendo que o seu exame tem preferência sobre qualquer outro, com ressalva aos pedidos de habeas corpus e aos processos de réu preso.

No artigo 983, observa-se que após ouvida as partes e interessados pelo relator, será dado o prazo de 15 dias para a juntada de documentos e posteriormente será fornecido vista ao Ministério Público para manifestação., existindo, ainda, além da presença do *parquet*, a “[...] possibilidade da participação da sociedade civil no julgamento do incidente: oitiva de interessados (pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia), os quais poderão manifestar-se no prazo de 30 minutos, divididos entre todos [...]”, nos termos do artigo 984, II, “b”, do CPC.

Ainda, conforme Gisele Welsch, uma vez apreciado o incidente “[...] a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal [...]”, conforme o que está previsto no art. 985, I do Código de Processo Civil (WELSCH, s.a., s.p.).

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:  
I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

Ainda acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, cabe salientar, na esteira do art. 987 do CPC, que após o julgamento do seu mérito é



cabível, a depender da situação, recurso extraordinário ou especial, sem efeito suspensivo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa visa, enfim, buscar uma melhor compreensão sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto bastante atual e que atua com vários objetivos, dentre os quais, destaque-se, enfatizar a necessidade de segurança jurídica e agilidade processual, colaborando, neste último ponto, com o “desafogar” do Poder Judiciário perante as denominadas “demandas de massa” por meio da uniformidade de entendimento.

## REFERENCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 28 set. 2016.

NETO, Ney Castelo Branco. **Primeiras impressões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9463](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9463)>. Acesso em: 27 nov. 2015.

DA SILVA, Diogo Henrique. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: uma significativa inovação do projeto do novo CPC. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI151894,91041-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+uma+significativa>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

SANTOS, Giuseppe. **Novo CPC**: o incidente de resolução de demandas repetitivas. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29602/novo-cpc-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

STF. **Apresentação do Instituto**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>>. Acesso em: 28 set. 2016.

WELSCH, Gisele. **O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas** (Arts. 976 a 987 do Novo CPC Lei 13.105/2015). Disponível em: <<http://www.gianellimartins.com.br/artigos001.php?view=NTY=>>>. Acesso em: 28 set. 2016.

## **TRANSCONSTITUCIONALISMO: O DIÁLOGO ENTRE ORDENS NORMATIVAS**

*Bruna Escobar Teixeira<sup>1</sup>  
Péricles Stehmann Nunes<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

A pesquisa busca compreender os conflitos culturais existentes no território brasileiro entre a cultura de certos povos indígenas que se assimilam a uma ordem normativa própria e a ordem constitucional brasileira, abordando, para isso, o Projeto de Lei n. 1057/2007, que trata sobre o caso de infanticídio em algumas tradições indígena. Tem por objetivo analisar o tema sob o enfoque da teoria do transconstitucionalismo, como forma de construir uma racionalidade transversal que propõe o diálogo proveitoso entre as ordens jurídicas. O resultado do artigo aponta especificamente, a mediação que busca a resolução dos litígios, possibilitando uma visão de alteridade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cultura indígena; Mediação; Transconstitucionalismo.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Com a globalização, configurou-se a ideia de que o mundo passa a ser entrelaçado entre todos os seus habitantes. Em razão disso, as resoluções dos conflitos humanos extrapolam os limites constitucionais inserindo-se a uma rede transconstitucional de conversações entre ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, ou seja, de povos originários.

Os povos nativos possuem costumes que se assimilam a uma ordem normativa própria. Assim, questões antropológico-culturais são muitos fortes e muitas vezes entram em conflito com o ordenamento jurídico atual. Diante disso, o trabalho pretende estudar até que ponto é possível estabelecer um diálogo transconstitucional entre as comunidades indígenas e ordem constitucional brasileira.

Assim, para alcançar o objetivo central acima exposto, essa pesquisa se propõe a analisar os problemas do diálogo entre ordens jurídicas que visam soluções de problemas tipicamente constitucionais. Em vista disso, o presente resumo aborda sobre o Projeto de Lei n. 1057/2007, que trata sobre o caso de

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA-CNEC), pós-graduanda strictu sensu em Direito – Mestrado com área de concentração em Direitos Especiais com linha de pesquisa focada em Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS, e-mail: bruna-escobar@hotmail.com;

<sup>2</sup> Graduado em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA-CNEC), pós-graduando strictu sensu em Direito – Mestrado com área de concentração em Direitos Especiais com linha de pesquisa focada em Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS, e-mail: periclesn@gmail.com.

infanticídio em algumas tradições indígenas, analisado este tema por meio de premissas do transconstitucionalismo, como forma de construir uma racionalidade transversal que propõe o diálogo proveitoso entre a ordem jurídica nacional e as culturas desses povos, especificamente a mediação que busca a resolução dos litígios.

## **METODOLOGIA**

Na metodologia utilizou-se pesquisa teórico-bibliográfica, numa abordagem qualitativa, abrangendo a leitura e análise de obras e artigos, sob o enfoque da teoria do transconstitucionalismo com a posterior apresentação dos resultados obtidos através de um resumo expandido.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Entende-se a situação conflituosa existente nas práticas presentes em diversos grupos sociais. Um dos casos que explica a colisão entre a cultura indígena e a ordem constitucional vem a ser sobre os índios Suruahá, que originou o Projeto de Lei n. 1057/2007, conhecido como “Lei Muwaji”, em homenagem a uma mãe da tribo que se rebelou contra a tradição de sua comunidade e salvou a vida da filha que seria morta por ter nascido deficiente. O projeto que ainda tramita no Congresso Nacional dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.

Segundo os costumes do povo Suruahá, habitantes do Município de Tapauá, localizado no Estado do Amazonas, é obrigatório deixar morrer os recém-nascidos quando nascem com alguma deficiência física ou de saúde geral. Essa situação causou polêmicas, pois de acordo o professor da Universidade de Brasília, Marcelo Neves, “se trata de um conflito praticamente insolúvel entre direito de autonomia cultural e direito à vida” (2014, p. 202). Embora pareça um tanto determinista esta afirmação, conforme a antropóloga Rita Laura Segato, a concepção da vida para os Suruahá é distinta da compreensão do modelo cristão: “entre essa comunidade indígena, a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduo e a comunidade, se for uma tranquila e amena” (2011, p. 364). Sendo assim, se justificaria o homicídio dentro dos casos específicos determinados pela cultura indígena. Marcelo Neves ainda argumenta que “a mulher tem direito absoluto sobre a vida dos seus recém-nascidos” (2014, p. 204). O povo indígena possui uma visão peculiar sobre o contexto da vida social, deixando a opção à mãe:

si no toca al bebé ni lo levanta en sus brazos, dejándolo en la tierra donde cayó, significa que éste no ha sido acogido en el mundo de la cultura y las relaciones sociales, y que no es, por lo tanto, humano. De esa forma, desde la perspectiva nativa, no se puede decir que ha ocurrido un homicidio, pues eso que permaneció en la tierra no era una vida humana (SEGATO, 2011, p. 365).

Um aspecto a analisar é sobre a criminalização destas práticas indígenas: “em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista, outrossim, como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas” (NEVES, 2014, p. 203). Do mesmo modo, a justificativa do Projeto de Lei 1057/07 cita:

é importante destacar que a cultura é dinâmica e não imutável. A cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de lhe propiciar o bem-estar e minimizar seu sofrimento. Os direitos humanos perdem, completamente, o seu sentido de existir, se o ser humano for retirado do centro do discurso e da práxis. Portanto, a tolerância (no sentido de aceitação, reconhecimento da legitimidade) em relação à diversidade cultural deve ser norteada pelo respeito aos direitos humanos (2007, p. 3).

De acordo com Neves, a referida situação produziu “um caso singular de ‘diálogo’ e colisão transconstitucional entre ordem jurídica estatal e ordens normativas locais das comunidades indígenas” (2014, p. 203). Segato contribui para o “esclarecimento dessa colisão de ordens jurídicas, enfatizando a necessidade de um diálogo entre ordens normativas, em termos que se enquadram em um modelo construtivo de transconstitucionalismo” (2011, p. 370).

Para Marcelo Neves o transconstitucionalismo (2014, p. 194) contribui para analisar e resolver este caso, apontando para uma conversação transversal entre as normas jurídicas estatais e os costumes culturais, que origina modos de aprendizado mútuo. Nesse sentido, o autor utiliza a expressão “diálogo” e “conversação”, como uma forma de referência a uma “comunicação orientada para a absorção do dissenso, pressupondo a dupla contingência” (NEVES, 2009, p. 270). Contudo, o transconstitucionalismo, entre os ordenamentos jurídicos, não se restringe apenas ao diálogo entre cortes.

Dessa forma, os conflitos transconstitucionais surgem e são encarados fora das instâncias de natureza judiciária, desenvolvendo-se no âmbito jurídico, executivo e legislativo, “assim como no campo dos organismos internacionais e supranacionais não judiciais, dos atores privados transnacionais e, inclusive, especialmente na América Latina, no domínio normativo das comunidades ditas ‘tribais’” (NEVES, 2014, p. 194).

Diante o exposto, aponta-se para relação problemática transconstitucional entre a ordem normativa de comunidades indígenas e a ordem constitucional brasileira, cujo pressuposto nativo cultural entra em conflito com o modelo jurídico do Estado. Evidentemente, o conflito surge porque a ordem normativa dos grupos indígenas não possuem princípios ou regras enquadradas no modelo constitucional. Nesse sentido, Neves explica que as ordens normativas indígenas “não admitem problemas jurídico-constitucionais de Direitos Humanos e de limitação jurídica do poder” (2014, p. 201).

Nesse aspecto, abordam-se Direitos Humanos com a conceituação de Gunther Teubner (2006, p. 327) que divide os direitos fundamentais em três dimensões: os que protegem a autonomia dos discursos sociais, os direitos

personais que protegem a autonomia da comunicação e, por fim, a dimensão que é utilizada no transconstitucionalismo “como limites negativos sobre a comunicação social, onde a integridade do corpo e da mente das pessoas está em perigo de extinção”.

Conforme Neves (2014, p. 2014), o choque entre as ordens normativas destas instituições exige um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e de aprendizagem, visto que a ordem normativa tribal se afasta sensivelmente do conceito de Direitos Humanos da sociedade mundial. Nesse contexto, “há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois ele se envolve em ‘conversações’ constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo” (NEVES, 2014, p. 201-202). Explica ainda o autor, que a situação é decorrente da necessidade inerente ao transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de medidas alternativas que possibilitem um “diálogo” coeso entre as ordens normativas e diferentes (2014, p. 202). Nesse sentido o professor Douglas Cesar Lucas explica que,

quanto maior for a disputa entre as culturas, maiores serão os desafios para se promover uma relação de complementaridade e de diálogo entre elas. Assim senso, uma sociedade multicultural - na qual inúmeras culturas postulem reconhecimento e tratamento particular - terá de engendrar encontros e diálogos que obriguem mutuamente os indivíduos a participarem de um projeto comum de responsabilidades (2013, p. 185).

As lutas contemporâneas por reconhecimento identitário desafiam substancialmente o direito porque não se pode atribuir juridicamente identidade a alguém, da mesma forma que não se pode obrigar alguém a ter determinada identidade (LUCAS; SPENGLER, 2012, p. 56).

As identidades mudaram expressivamente as suas narrativas nas últimas décadas. Todo movimento identitário (nacionais, regionais, culturais, sexuais, étnicas, etc.) esteve vinculado a uma exigência de alteridade (LUCAS; SPENGLER 2012, p. 59-60). Nos litígios que envolvem identidade, abordam-se sobre as diferenças em todos os seus aspectos, “uma fala lotada de historicidade que revela e oculta elemento de sua própria condição de diferença, uma fala que se expõe sem medo, que espera ser acolhida e que se propõe a interagir e compreender” (LUCAS; SPENGLER, 2012, p. 60).

Os mencionados conflitos sugerem a existência de diálogo, que notadamente, não é atingido pelas decisões proferidas pelos tribunais. No assunto em questão das culturas indígenas e da ordem constitucional, nota-se que é preciso abandonar a ideia de identidade absoluta e inegociável e respeitar o sentido de ser outro (LUCAS; SPENGLER, 2012, p. 61).

Como uma medida de solução dos conflitos, a mediação se torna um método de instaurar o diálogo entre os cidadãos ou grupos com diferentes posições antagônicas provocadas pelo conflito. Assim Lucas e Spengler citam que “a mediação facilita a expressão do dissenso definindo um veículo que possa administrar a discordância e chegar a um entendimento comunicativo”

(2012, p. 63). Se a base do conflito é a ausência do diálogo, é por intermédio desse, a melhor opção de tratamento das resoluções dos conflitos.

Para que o procedimento da mediação cumpra a sua finalidade, é necessário falar de alteridade. Para o pensador Luis Alberto Warat no que diz respeito às transformações dos conflitos, se dá “graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nos mesmos” (2004, p. 62). Ainda para o autor, o entendimento sobre “a outridade afeta os sentimentos, os desejos, o lado inconsciente do conflito, sem que exista a preocupação de fazer justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo” (2004, p. 62).

Por fim, para Rosângela Angelin e Celso Gabatz, o ordenamento jurídico deve ser multicultural e, ainda “se a dignidade humana não for reconhecida e protegida, não haverá democracia e, ao não existir democracia, a solução dos conflitos sociais não será, de forma alguma, pacífica e equitativa” (2012, p. 84). Assim, é preciso estabelecer o diálogo intercultural e, buscar saídas que sejam debatidas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo baseado no transconstitucionalismo é necessário buscar um ponto de encontro entre a cultura indígena e a normatividade brasileira para que ambos dialoguem, possibilitando uma visão de alteridade. Considerando o conflito que perpetua no Congresso Nacional sobre os casos de infanticídio é necessário que se promova mais espaços de encontros culturais para realçar a conversação entre esses.

Assim, é essencial o fortalecimento da mediação no Estado brasileiro como um dos espaços que favorecem o diálogo entre as culturas conflitantes. O transconstitucionalismo e a mediação implicam um olhar sobre a capacidade de se colocar no lugar do outro.

## REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela; GABATZ, Celso. Alteridade Indígena: A Aceitação da Diversidade na Promoção da Dignidade Humana. **Revista Direitos Culturais do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado URI**, Campus Santo Ângelo, v. 7, n.12, p. 73-87, jan./jun. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1.057**. Relatora: Deputada Janete Rocha Pietá. Brasília: Comissão de direitos humanos e minorias, 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>> . Acesso em: 18 mai. 2016.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: UNIJUÍ, 2013.



LUCAS, Douglas Cesar; SPENGLER, Fabiana Marion. Identidade, Alteridade e Mediação: Por Uma Comunicação Inclusiva das Diferenças. **Revista Direitos Culturais do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado URI**, Campus Santo Ângelo, v. 7, n.12, p. 54-72, jan./jun. 2012.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**. N. 201, ano 51, p. 193-214, jan/mar, 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502958/001002791.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SEGATO, Rita. Que cada pueblo teja los hilos de su historia: el pluralismo jurídico em dialogo didáctico con legisladores. In: CHENAUT, Victoria et al. **Justicia y Diversidad en América Latina**: pueblos indígenas ante la globalización. Quito: FLACSO, 2011. Disponível em: <<https://www.flacso.org.ec/biblio/catalog/resGet.php?resId=53356>> Acesso em: 03 mai. 2016.

TEUBNER, Gunther. The anonymous matrix: human rights violations by "private" transnational actors. **The Modern Law Review**, Malden, vol. 69, n. 3, p. 327-346, 2006. Disponível em: <<http://www.modernlawreview.co.uk/abstract.asp?ref=0026-7961&vid=69&iid=3&aid=587&s=&d=May%202006>>. Acesso em: 18 mai. 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: fundação boiteux, 2004.

## **A QUALIDADE EM PROCESSOS AUTOCOMPOSITIVOS: FERRAMENTAS PARA UM ACESSO QUALITATIVO À JUSTIÇA**

*Camila Silveira Stangherlin<sup>1</sup>  
Mauro Gaglietti<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

A cultura estritamente beligerante da sociedade brasileira deflagrou no esgotamento do sistema judicial, em que o serviço prestado, por vezes, não condiz com os preceitos de um acesso à justiça qualitativo, resultando na insatisfação dos cidadãos e no aumento sistêmico de conflitos não tratados. O presente trabalho objetivou descrever a garantia do direito de acesso à justiça por intermédio dos processos de autocomposição, de forma a possibilitar às partes mecanismos que assegurem o sentimento de justiça e ensejem a pacificação social. Foi realizado estudo bibliográfico por meio de doutrinadores especialistas na referida área. De forma breve, apresentou-se a compreensão do termo “acesso à justiça” e as benesses oriundas da autocomposição de conflitos. O atual estudo destacou ainda os principais pilares que compõem um procedimento de autocomposição, arraigado na qualidade do serviço e na observância às garantias fundamentais, buscando-se assim a mudança paradigmática: do litígio para a consonância.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autocomposição de conflitos; Acesso à justiça; Pacificação Social.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A evolução natural da sociedade trouxe consigo a formação patente de uma cultura de combate, que transfere para o Estado a capacidade de tomada de decisão sobre os conflitos atinentes à vivência cotidiana. O diálogo e o consenso cedem lugar à sentença proferida pelo juiz togado, estranho ao conhecimento genuíno dos fatos. Frente a tal cenário, viabilizar a garantia constitucional de acesso à justiça, percebido como o direito humano fundamental mais expressivo, torna-se assaz distante, já que o tratamento adequado se perde no longo caminho percorrido pelos trâmites processuais.

De tal sorte, os meios autocompositivos que privilegiam a tomada conjunta das decisões, com atenção ao diálogo e respeito mútuo, aproximam-

<sup>1</sup> Advogada; Especialista em Direito Processual Civil; Mestre em Direito pela Uri - campus Santo Ângelo-RS; Conciliadora voluntária civil. E-mail: camilastangherlin@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mauro Gaglietti é Professor do PPG em Direito (Doutorado e Mestrado) da URI (Santo Ângelo, RS- Brasil), Professor de diversos cursos de Pós-Graduação no Rio Grande do Sul e em Santa Catarina. Professor dos Cursos de Graduação em Direito (URI, FAI, Faculdades João Paulo II) e é Professor de Mediação na Escola Superior da Magistratura de Tocantins (ESMAT). É Mediador na Mediar: Central de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Rio Grande do Sul. E-mail: maurogaglietti@bol.com.br



se consideravelmente de um acesso à justiça em sentido lato, já que operam em busca da pacificação das partes, propiciando o sentimento de satisfação do cidadão com o serviço, quando devidamente concretizado. O novo CPC, em vigor desde março do presente ano, inovou com a previsão, em regra, da realização de audiência autocompositiva no início do processo, o que aproxima cada vez mais, a sociedade de uma justiça eficaz e valorativa.

O presente estudo observa a essência da expressão acesso à justiça, unindo-a aos processos de autocomposição de conflitos no intento de solidificar a pacificação da sociedade. Assim, questiona-se: quais os principais elementos que devem ser contemplados em um processo autocompositivo, de modo que esteja garantido o direito de acesso qualitativo à justiça? Com a prestação de audiências autocompositivas qualitativas será possível introduzir no ordenamento pátrio uma nova modalidade de serviço, com resultados que alterarão gradualmente a visão enfadonha do sistema judiciário, em favor de uma justiça mais humanizada.

Desse modo, o estudo em tela pretende expor a magnitude de um processo autocompositivo por meio da mediação e da conciliação, pautado na atenção aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo no direito de acesso à justiça, garantidor de todos os outros, que traz consigo preceitos de cidadania e de democracia participativa.

## **METODOLOGIA**

Método de abordagem: dedutivo. Método de procedimento: monográfico. Técnicas de pesquisa: bibliográfico, artigos científicos e análise documental condizente, complementado pela observação participante e a experiência prática dos autores/pesquisadores.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

É incontestável que o dizer o Direito, atinente à função do Estado-juiz, está arraigado à matéria positivista, em que a condução do processo espelha-se no conteúdo de tudo, e somente aquilo, que consta nos autos do processo. Assim, sob a perspectiva de que a sociedade atual encontra-se submersa em uma cultura preponderantemente litigiosa, denota-se que há uma compulsão geral social em transferir toda a carga de conflitos para a esfera jurídica, a fim de que o ente estatal (Poder Judiciário) decrete o vencedor e o perdedor, por intermédio da interpretação e da aplicação dos ditames legais. Esta propensão da sociedade beligerante resulta na sobrecarga da via judicial, o que acarreta morosidade e descrédito, além da disponibilização de um serviço que não prioriza o acesso qualitativo à justiça.

Por outro lado, na contramão das delongas de um processo judicial, nos métodos autocompositivos, a característica principal encontra-se na capacidade de as próprias partes envolvidas na lide estarem imbuídas do poder de gerir o conflito, e de construir a resposta da contenda, trazendo à

baila todos os aspectos necessários para a discussão do caso em tela, na contramão do que se vislumbra na jurisdição tradicional.

Assim, é possível deparar-se com dois distintos caminhos para alcançar a solução de um litígio: de um lado, a busca “por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do ‘certo ou errado’” (WATANABE, 2007, p. 685), e, conseqüentemente resultando em ganhador e perdedor. De outro lado, há a *jurisconstrução*<sup>3</sup>, em que os envolvidos edificam a mais adequada solução para dirimir o conflito que os reúne por intermédio do concurso das vontades, agregando características como o diálogo, cedência, empatia e comprometimento com o acordo ali firmado.

Nos processos autocompositivos, inafastável se faz a prévia percepção da complexão de cada caso, o qual será destinado aos domínios de um método não adversarial, sobretudo, em virtude dos distintos institutos que o compõem. É bem verdade que há fatos que se quer pode valer-se de meios não adversariais (meios adequados para tratamento de conflitos) para sua resolução, haja vista os direitos a que aludem, sendo inarredável a resposta via uma decisão adjudicada. De outra banda, dentre as questões plausíveis de serem dirimidas de maneira autônoma e consensual, faz-se fundamental sopesar o conteúdo e os laços relacionais existentes entre as partes, de forma a destinar ao caso concreto a mais conveniente espécie do gênero justiça consensual (autocompositiva), as quais se destacam a mediação e a conciliação, que, desde março do corrente ano integram o Código de Processo Civil brasileiro contemplado no marco regulatório da mediação junto a Lei 13.140/2015.

Introduzir meios autocompositivos no curso no processo judicial vai de encontro ao direito fundamental de acesso à justiça, assegurado pela Constituição Federal de 1988, que, além de positivizar tal direito, agregou significados mais densos a ele, sobretudo como garantia de se tornar possível a materialização da justiça. Neste desiderato, é o fiel papel a ser desempenhado pelo Estado, atender às pretensões advindas de todos os cidadãos (sem exclusão de estratos sociais ou outras segmentações), que estão a exercer seus direitos reivindicatórios, de forma a ter apreciado seus pedidos de prestação jurisdicional, dentro de todas as garantias existentes dentro da expressão “acesso à justiça”. Uma resposta tempestiva, economicidade no processo, informação às partes, tratamento adequado ao conflito e aos litigantes, assistência jurídica e igualdade entre as partes, são algumas das nuances que compõem aquilo que se acolhe como efetivo acesso à justiça.

Ao referir-se à qualidade nos processos autocompositivos está-se contemplando o acesso à justiça em sentido lato, ou seja, o sentimento satisfatório daqueles que utilizam os mecanismos consensuais em âmbito

<sup>3</sup> José Luis Bolzan de Moraes vale-se dessa expressão para caracterizar o gênero de solução consensual de conflitos. *Jurisdição e consenso: jurisconstrução* (1999, p. 128)

jurídico. Portanto, a prestação de tais serviços deve propiciar às partes, não apenas a percepção de que seus anseios foram atingidos, mas, sobretudo, a convicção de que todas as decisões tomadas durante a autocomposição foram respaldadas pela atenção mínima aos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos, dentre eles, o acesso qualitativo à justiça. Como destaca VEZZULLA:

A possibilidade de devolvermos à cidadania e aos direitos humanos suas possibilidades de humanizar o relacionamento com os outros será efetivada principalmente por intermédio de um Direito comprometido com a humanização de suas funções nos conflitos. (2006, p. 103)

Neste viés, um processo autocompositivo qualitativo envolve desde aspectos técnicos, como também aspectos éticos a serem atentados por todos aqueles setores responsáveis pela sua execução (partindo do Poder Judiciário e chegando aos lidadores do direito, principalmente, conciliadores e mediadores). Inquestionavelmente, ao atentar-se a tais aspectos, a obtenção de resultados positivos torna-se assaz tangível, galgando ao escopo primacial do Estado e da sociedade, qual seja: o bem-estar e a pacificação social.

Desta maneira, num misto de cognição teórica, prática, e com atenção aos preceitos éticos fundamentais forma-se um salutar mecanismo de tratamento de conflitos, em que por intermédio da autocomposição tem-se uma via alternativa ao processo jurisdicional comum, no qual os cidadãos envolvidos nas contendas inter-relacionais estarão respaldados por um aparato genuinamente esculpido para melhor servi-los, e, acima de tudo, jungido aos fundamentos constitucionais.

De tal sorte, percebe-se que a efetivação de um processo consubstanciado na qualidade requer a reunião de diversos fatores, passando por aspectos técnicos e éticos, em que a prestação do serviço necessita estar constantemente em melhoria, de forma a atender a complexidade da sociedade contemporânea e seus anseios, bem como a promover a pacificação social. Com efeito, num conjunto de esforços envolvendo não somente a administração judiciária e operadores do direito, mas conjuntamente com a participação cidadã, um novo paradigma será traçado, no qual a regra para a resolução de grande parte dos conflitos sociais será o diálogo e o entendimento, respeitando-se as diferenças. Ademais, imperioso voltar-se sempre aos preceitos constitucionais em prol do acesso à justiça em sentido amplo, eis que, como salienta SALES (2010, p. 08), “o caminho da busca pela paz social passa pela necessidade de efetivar os direitos fundamentais”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

. Dentre o rol de direitos e garantias fundamentais instituídos pela Carta Magna destaca-se o acesso à justiça em sentido amplo, que não pode ser meramente equivocado com o conceito de acesso ao poder judiciário, já que engloba - além do citado acesso ao poder judiciário - noções de cidadania, de democracia e de direitos humanos, requerendo profundo engajamento do

Estado e da sociedade para que se propicie a eficácia deste direito garantidor de todos os outros. Nesta compreensão, a previsão de audiências autocompositivas no curso do processo judicial é um insofismável passo na busca pela oferta de um serviço de qualidade, vez que por meio da autocomposição é possível dar ao conflito o tratamento adequado rumo à pacificação entre os envolvidos.

Todavia, a mera realização da audiência, seja de conciliação ou de mediação, não garante por si só a qualidade do serviço, tampouco que os direitos e garantias fundamentais serão observados. Para que o direito de acesso à justiça seja efetivado perante autocomposição de conflitos faz-se necessário, além de uma legislação eficiente, o engajamento e a compreensão de todos os envolvidos (operadores do direito, serventuários da justiça, sociedade, estudantes da graduação, entre outros) acerca das vantagens de um conflito devidamente tratado.

Pode-se afirmar categoricamente, que há movimentações substanciais entorno do assunto, eis que a legislação vem apresentando modificações, e há discussões salutares e constantes sobre o tema. Porém, ainda há carência de informação por parte da população, bem como há falta de formação adequada de facilitadores (conciliadores e mediadores), o que, conseqüentemente, prejudica a oferta e garantia de um processo autocompositivo de qualidade. .

## REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3ª edição, rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A Mediação de Conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano Neto (Coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

## **CRIMINOLOGIA FEMINISTA: A LINHA DIVISÓRIA ENTRE AS MULHERES HONESTAS E DESONESTAS**

*Carhla de Oliveira Alves<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

Observa-se a ausência do feminino no campo do pensamento criminológico e seu papel passivo no funcionamento do sistema de justiça criminal, sendo possível analisar o impacto da divisão de papéis de gênero nos processos de criminalização e vitimização feminina, tendo em vista a construção das desigualdades entre homens e mulheres, de tal forma que ainda se denominam crimes no masculino e crimes no feminino. Dessa forma, a união entre a criminologia e o feminismo se faz imperiosa, pois se trata de uma realidade que não pode ser ignorada. Por isso, propõe-se pensar um novo referencial criminológico no qual as mulheres deixem de ser sujeitos passivos. Objetiva-se, portanto, desnudar os processos que condicionam o tratamento da mulher na Criminologia e no Direito Penal, a partir da proposta de uma criminologia feminista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminologia; Criminologia Feminista; Gênero; Sistema de Justiça Criminal.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

As mulheres convivem com o encarceramento desde muito tempo, seja no público ou no privado, visualizado em um processo histórico pelo qual foram submetidas e vítimas a partir de estereótipos que estabeleciam quais eram os seus papéis. Historicamente, a partir do século XIII, iniciou-se uma pedagogia direcionada à mulher bem como a construção de um padrão feminino, que passou a estabelecer como a mulher deveria se comportar (mãe e mulher), e total repreensão a quem não atendesse tal padrão. A herança medieval serviu de pedagogia para as mulheres.

O Brasil registra uma das maiores taxas de encarceramento do planeta. Quando se observam os espaços para a mulher no sistema penitenciário brasileiro, percebe-se que a distância entre teoria e prática é ainda maior. Conforme a análise de Heidi Ann Cerneka, “o sistema carcerário foi feito por homens e para homens. As mulheres são simplesmente tratadas como presos que menstruam. Ou seja, o sistema as trata como se a única diferença em

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo - RS. Bolsista CAPES no programa acima referido. Pós-graduanda em Direito Eleitoral pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bacharela em Direito pelo Curso de Graduação de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo RS. Advogada voluntária no Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU/UFRGS), especificamente no Grupo Anti-Manicomial de Atenção Integral (GAMAI). E-mail: carhlaalves@hotmail.com

relação aos presos fosse a menstruação” (PASTORAL CARCERÁRIA, 2016, s.p.).

## **METODOLOGIA**

O trabalho será elaborado a partir do método hipotético-dedutivo, e adota o método de procedimento bibliográfico em fontes variadas, a partir de livros, revistas, artigos, e análises comparativas, a pesquisa compreenderá também compilação de dados e informações e análise dos mesmos.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A partir do desenvolvimento feminista da criminologia crítica são desenvolvidos estudos sobre como a justiça criminal atua sobre a mulher. Fruto disso é a análise teórica e empírica do funcionalismo do sistema de justiça criminal referente à violência sexual desenvolvido por Vera Regina Pereira Andrade, onde a mesma conclui que o sistema é ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência, bem como “duplica a violência exercida contra elas e as divide, sendo uma estratégia excludente que afeta a própria unidade (já complexa) do movimento feminista” (ANDRADE, 2007, p. 57). Conforme a autora:

O sistema não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – é desigualmente distribuído e não cumpre as funções preventivas (intimidatória e reabilitadora) que se lhe atribui. Nesta crítica se sintetizam o que denomino de incapacidades protetora, preventiva e resolutoria do SJC. (...) E ao incidir sobre a vítima mulher a sua complexa fenomenologia de controle social (...) o SJC duplica, ao invés de proteger, a vitimação feminina, pois além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema que expressa e reproduz dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais capitalistas (a desigualdade de classe) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero) recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade, o que é particularmente visível no campo da violência sexual (ANDRADE, 2007, p. 57).

Segundo Mendes, “Andrade afirma que a passagem da vítima mulher pelo controle social formal, acionado pelo SJC, implica reviver toda uma cultura de descriminalização, de humilhação e de estereotipia” (p. 63). Para Andrade a seletividade é a função real e a lógica estrutural de funcionamento do SJC, comum às sociedades capitalistas/patriarcais:

E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão ao nos revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social,

majoritariamente masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina (2007, p. 60).

A autora afirma que o sistema é androcêntrico, pois constitui um mecanismo masculino para o controle de condutas masculinas, são os homens que lotam as prisões, ao lado de incômoda presença de algumas mulheres que nos Códigos sempre têm a seu favor a exculpante de um estado especial e a sua espera os manicômios (controle terapêutico) antes que as prisões (ANDRADE, 2007, p. 66-67). Neste sentido, o sistema só criminaliza a mulher em algumas situações, ou seja, residualmente, tratando-a como vítima.

O giro epistemológico feminista tornou evidente que a categoria gênero deve ser formadora de toda a construção dos saberes. O feminino ainda é ocultado como sujeito de realidade própria, por isso, a partir do inconformismo com o modelo androcêntrico de criminologia, a necessidade de construir um referencial onde as mulheres sejam sujeitos ativos, um programa onde as mulheres tenham a garantia da liberdade e proteção no âmbito do direito penal.

Em breve transcurso histórico percebe-se que a transgressão feminina esteve sempre ligada a estereótipos, por isso a importância da construção de uma Criminologia Feminista, para superar a herança dos processos de criminalização e de vitimização da mulher em razão da própria condição feminina. A partir da contribuição das teorias do *labeling approach* e da criminologia crítica concluiu-se que o sistema penal é seletivo. A criminologia crítica, por sua vez, apresentou o caráter classista da seletividade. Através do giro epistemológico feminista restou claro que a seletividade é marcada por um aspecto patriarcal. Como registra Mendes

A criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres. E, ao longo dos tempos, se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens. Pois já não era mais necessário, para alguns, “estudar” as mulheres; ou, politicamente relevante, para outros, considerar as experiências destas enquanto categoria sociológica e filosófica, como ensina Lourdes Bandeira. De maneira que, no discurso criminológico competente atual, a mulher surge somente em alguns momentos. Mas, no máximo, como uma variável, jamais como um sujeito (p. 157).

Uma das características da seletividade de gênero, segundo Baratta é o fato de que o sistema de justiça criminal é voltado para o controle formal de homens, conforme a lógica da divisão entre o espaço público (masculino) e o espaço privado (feminino). O direito penal intervém para garantir a disciplina laborativa, ou seja, controlar a força de trabalho na esfera pública, ao passo que a esfera doméstica da reprodução é submetida a um controle informal, realizado no âmbito da família, através do domínio patriarcal (BARATTA, 1999, p. 40). Portanto os principais destinatários do poder punitivo são sujeitos que desempenham papéis masculinos, e residualmente, os comportamentos femininos.

Por isso a existência de um macrosistema penal, composto tanto por instituições formais, como instituições informais, como a família, escola, igreja,

opinião pública e o senso comum. Nota-se, portanto, a importância de adotar o ponto de vista e as experiências femininas, dentro e fora do sistema de justiça criminal. Esse é o principal objetivo de uma criminologia feminista, para uma melhor compreensão do sistema sexo-gênero. Mendes afirma que

Para Baratta a aplicação do paradigma de gênero é uma condição necessária para o sucesso da luta emancipatória das mulheres no campo da ciência e da política no direito (BARATTA, 1999, p. 23). Por outro lado, afirma o autor, que uma criminologia feminista pode desenvolver-se, de modo oportuno, somente na perspectiva epistemológica da criminologia crítica” (BARATTA, 1999, p.39). Parafrazeando-o, ousou dizer, pelas reais necessidades metodológicas e epistemológicas da criminologia crítica, que a criminologia crítica somente poderá sobreviver na perspectiva epistemológica de uma criminologia feminista (MENDES, 2014, p. 163).

Ainda, Mendes refere que os paradigmas extraídos do mundo masculino resultam na negação da humanidade da mulher, e somente quando conseguirmos demonstrar isto será possível homens e mulheres, criarem modelos, parâmetros e paradigmas que correspondam um papel de mundo mais harmonioso, pacífico e enriquecedor (2014).

Para Buglioni, a mulher constitui uma metáfora no direito penal (2000), pois os magistrados a tratam com maior benevolência nas infrações relacionadas ao gênero, como uma maneira de mostrar que seu lugar não é na prisão, mas em casa. Ocorre que o mesmo não acontece nos delitos tidos como masculinos, ou seja, mulheres que adentrem no universo da criminalidade “apropriam-se de uma masculinidade que não lhe pertence e devem ser punidas pela dupla transgressão e reeducadas a fim de formatarem-se ao padrão feminino “ideal”” (BUGLIONE, 2007, p. 151).

Mendes afirma que “as mulheres não são controladas, mas custodiadas, sendo necessário saber o que pensam as mulheres sobre os comportamentos praticados contra elas pelos homens, e com isso penetrar na lógica das contradições que a realidade social apresenta” (2014, p. 170). Ainda, nas palavras da autora:

Não é possível analisar processos de criminalização e vitimização das mulheres sem que se considerem crenças, condutas, atitudes e modelos culturais (informais), bem como as agências punitivas estatais (formais). A análise dos processos de criminalização das mulheres exige essa dupla tarefa. (...) Separar o que é formal do que é informal, enfim, é uma decisão política que ideologicamente constrói o campo de pesquisa do que é mais importante, do que é estrutural. E este campo é onde estão os homens, sujeitos ao controle formal. As mulheres estão ocultas, no controle informal, bem menos exigente do Estado e da própria ciência criminológica (2014, p. 171).

Ao criminalizar a mulher de forma residual, o sistema de justiça criminal prefere tratá-la como vítima, deixando-a no lugar passivo ao qual lhe é atribuído. Andrade afirma que a imagem da mulher, construída a partir de



estereótipos, corresponde exatamente ao padrão da vítima no sistema penal, sendo que são em situações de violência doméstica, por exemplo, que a família, que deveria proteger, é também, como o sistema penal, um espaço de violação, pois a violência, ao ser tido como elemento masculino comum, presente no poder punitivo do Estado (pena pública) e no poder punitivo da família (pena privada) age como última garantia de controle (2012, p. 145-154).

Andrade (2012, p. 156) ainda afirma que a justiça criminal promove uma seletiva proteção de bens jurídicos, além de uma desigual distribuição da criminalização e da vitimização, permitindo que a violência se perpetue nos núcleos familiares, além de fortalecer o senso comum sobre o caráter patriarcal. Como diz Helena Saffioti:

As mulheres recebem desde o nascimento um treinamento específico para conviver com a onipotência. Ou seja, a mulher aprende a suportar a violência específica que lhe é dirigida, principalmente no lar. As mulheres são educadas para ter um papel fundamental na manutenção da vida familiar (SAFFIOTI apud MENDES, 2014, p. 207).

O sistema de justiça criminal ainda mantém a mulher no polo passivo, tratando a mulher como vítima e de modo residual como criminosa. Por isso a importância de uma criminologia feminista, como maneira de retirar a mulher dos bastidores criminológicos.

É preciso olhar as diferentes histórias que trazem a realidade das diferentes mulheres, e a partir dessa premissa apresentar novas concepções. Mendes acredita que seja necessário um direito penal mínimo construído a partir dos direitos fundamentais das mulheres (2014, p. 176).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O feminino ainda permanece oculto, não sendo sujeito de realidade própria, uma criminologia feminista precisa ser traçada a partir de experiências históricas, a partir da realidade vivida pelas mulheres, pois “o reconhecimento da criminologia feminista como um referencial autônomo permite compreender os diferentes contextos de vitimização e de criminalização das mulheres” (MENDES, 2014, p. 215-216).

Nesse sentido, Mendes entende que “só há futuro para a criminologia, se, as necessidades e experiências femininas forem reconhecidas não em relação “a” ou de acordo “com” as perspectivas, experiências, necessidades e interesses que constituem o paradigma masculino” (2014, p. 215).

A partir de um estudo da divisão de papéis de gênero nos processos de criminalização e vitimização feminina é necessário pensar um novo referencial criminológico, é necessário buscar uma efetiva realização da criminologia feminista, tendo em vista a constatação de ser a criminologia uma ciência sobre homens, de homens e para homens, mas que se diz universal, bem como a importância do reconhecimento de um referencial autônomo que permita compreender os diferentes contextos de vitimização e de criminalização feminina, sob a perspectiva de gênero.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** Revista CCJ/UFSC, n. 30, ano 16, p. 24-36, junho de 1995. Disponível em: <

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10713-10713-1-PB.pdf>>. Acesso em: 31 out 2015.

\_\_\_\_\_. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Revista de Direito Público, n. 17, jul.-ago.-set/2007. P. 52-75.

\_\_\_\_\_. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão.** Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

\_\_\_\_\_. **O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana.** In: Campos, Carmen Hein de. Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19-80.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BUGLIONE, Samantha. **A mulher enquanto metáfora do Direito Penal.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/946>>. Acesso em: 31 out 2015.

\_\_\_\_\_. **O dividir da execução penal: Olhando Mulheres, Olhando Diferenças.** In: Salo de Carvalho (Coord.). Crítica à execução penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 139-158.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** Petrópolis: Vozes, 1987.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: Novos paradigmas.** São Paulo: Saraiva, 2014.

## **A TOLERÂNCIA E NATURALIZAÇÃO DA CULTURA DO ESTUPRO NA SOCIEDADE PATRIARCAL<sup>1</sup>**

*Carhla de Oliveira Alves<sup>2</sup>  
Camila Duarte<sup>3</sup>*

*“Que nada nos defina, que nada nos sujeite. Que a liberdade seja  
nossa própria substância, já que viver é ser livre” Simone de Beauvoir*

### **RESUMO**

Apesar dos debates sobre os direitos das mulheres terem se intensificado em 2016 – provocados por casos de repercussão nacional, um terço da população brasileira ainda acredita, conforme os dados inéditos da pesquisa #APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro, que a culpa da violência sexual é da vítima: esse é o porque de precisarmos tanto do feminismo. Os graus de concordância variaram mais em função da idade e escolaridade, ao analisar os números separados, a pesquisa trouxe uma esperança de mudança: a maioria das pessoas que respondeu positivamente ao questionamento está na faixa etária acima de 60 anos (44%), tem o nível de escolaridade de Ensino Fundamental (41%). Percebe-se que o conservadorismo e os discursos moralistas são grandes aliados do patriarcado. Para combater a cultura do estupro é necessário ir além da luta por igualdade. O levantamento também mostra a (falta de) confiança da população em relação ao atendimento oferecido às vítimas nas instituições policiais

**PALAVRAS-CHAVE:** Cultura do estupro; Violência sexual; Feminismo; Culpabilização.

---

<sup>1</sup> Pesquisa vinculada a Linha de Direito e Multiculturalismo do Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo RS, no período do segundo quadrimestre de 2016.

<sup>2</sup> Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo - RS. Bolsista CAPES no programa acima referido. Pós-graduanda em Direito Eleitoral pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bacharela em Direito pelo Curso de Graduação de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo RS. Advogada voluntária no Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU/UFRGS), especificamente no Grupo Anti-Manicomial de Atenção Integral (GAMAI). E-mail: carhlaalves@hotmail.com

<sup>3</sup> Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo - RS. Bolsista CAPES no programa acima referido. Pós-graduanda em Direito do Consumidor. Graduada em Direito A pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI) Campus Três Passos/RS. Advogada. E-mail: camila\_duarte@hotmail.com.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em agosto de 2016 a Lei Maria da Penha completou dez anos e há um ano foi sancionada a Lei do Feminicídio (março/2015), marcos no combate à violência contra as mulheres no Brasil. Em recente pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), acerca da percepção sobre a violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais, nota-se que apesar do avanço no debate da violência doméstica, no que diz respeito ao debate sobre a violência sexual, 85 % das mulheres temem ser estupradas. Os dados inéditos da pesquisa #APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro, encomendada ao Datafolha, trazem números alarmantes.

Desse modo, o objetivo do trabalho centra-se na necessidade de falar sobre a importância do combate a cultura do estupro.

## METODOLOGIA

O trabalho será elaborado a partir do método hipotético-dedutivo, e adota o método de procedimento bibliográfico em fontes variadas, a partir de livros, revistas, artigos, e análises comparativas, a pesquisa compreenderá também compilação de dados e informações e análise dos mesmos.

## ANÁLISE E DISCUSSÃO

A subordinação feminina ao longo da história revela que, conforme afirma Simone de Beauvoir (2009), a humanidade é masculina. Os homens sempre foram os grandes protagonistas das grandes descobertas, enquanto a mulher ficava confinada a esfera doméstica.

O sistema patriarcal binário é uma das formas mais antigas e socialmente aceito de organizar a vida, caracterizando-se por definir a submissão feminina como natural e moralmente legítima, instituindo espaços diferentes para o masculino e o feminino, resguardando a exploração daquele sobre esse. Nesse sentido:

As lutas promovidas pelos movimentos de mulheres e pelas feministas ao longo das décadas geraram impactos nessas estruturas patriarcais, incluindo transformações espaçadas na legislação internacional e nacional. No Brasil, é apenas no final da década de 1980 que a Constituição Federal reconhece a igualdade entre homens e mulheres. Todavia, tal equiparação não se configura completamente no plano material. Dentre as muitas consequências da opressão das mulheres, destaca-se a naturalização e massificação da violência sexual como uma das mais alarmantes (FERNANDES, 2015, p. 340).

Segundo as Nações Unidas, a violência doméstica é definida como “qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em dano físico, sexual, psicológico ou sofrimento para as mulheres, o que inclui

ameaças, coerção, privação de liberdade, tanto na vida pública como privada” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, p. 3, 1998).

No que diz respeito à violência sexual, segundo a Organização Mundial da Saúde, violência sexual é qualquer ato sexual ou tentativa de obter ato sexual, investidas ou comentários sexuais indesejáveis, ou tráfico ou qualquer outra forma, contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção, ou seja, a violência sexual pode ser praticada por qualquer pessoa, em qualquer local, tanto no espaço público como privado, e independe da sua relação com a vítima. “O termo violência sexual abrange diferentes formas de agressão que ferem a dignidade e liberdade sexual de uma pessoa, tais como assédio, exploração sexual e estupro” (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 6).

A violência contra as mulheres é uma violação dos direitos humanos, assim como um problema público e político, podendo ser expressa das mais diversas formas e em diversos contextos sociais. As consequências são muitas: físicas, mentais, sexuais, e até mesmo a morte, a violência sexual contra as mulheres “não deve ser abordada como um problema de esfera privada ou das relações interpessoais, e sim como um problema social que exige para o seu enfrentamento ações públicas no âmbito da segurança, do direito e da saúde” (VILLELA, 2007, p. 472).

No Brasil os debates sobre o direito das mulheres intensificaram-se, provocados por casos de repercussão nacional, como o estupro coletivo de uma jovem no estado do Rio de Janeiro (maio/2016), quando as páginas das redes sociais foram o palco de discursos que “foram tomadas por discursos que seguiram a lógica de que o estupro é de certa maneira uma violência “merecida” pela vítima cujo comportamento o justifica” (MENDES, 2016, s.p.).

A Pesquisa Nacional de Vitimização (2013) verificou que somente 7,5% das vítimas de violência sexual registram o crime. Ademais, estima-se que, no mínimo, 527 mil pessoas sejam estupradas por ano no Brasil, e que somente 10% dos casos são notificados, segundo a pesquisa de gênero “Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde” produzida pelo IPEA em 2015. Ou seja, “se apenas os registros policiais apontam que ano passado uma pessoa foi estuprada a cada 11 minutos, é possível imaginarmos – pelos dados da saúde – que temos 1 vítima por minuto deste bárbaro crime” (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015, p. 116).

Os dados inéditos da pesquisa #APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro (setembro/2016) revelam que mesmo entre as mulheres, 30% da população brasileira concorda que a mulher que usar roupas provocativas não pode reclamar se for estuprada, ou seja, um a cada três brasileiros acredita que a culpa é da vítima pela violência sexual sofrida, sendo que os graus de concordância variaram mais em função de idade e escolaridade dos entrevistados.

O levantamento demonstra que com a frase “Mulheres que se dão ao respeito não são estupradas”, 42% dos homens acreditam nisso, e 32% das mulheres tem a mesma opinião. Grande parte da população brasileira acredita

que as próprias mulheres, vítimas de agressão sexual, são responsáveis por não se comportarem de acordo com uma “mulher respeitável”.

A pesquisa, realizada pelo FBSP em parceria com o Datafolha, revela ainda que 65% da população tem medo de sofrer violência sexual, sendo que 85% das mulheres afirmam ter medo, ante 46% dos homens. Mesmo com o alto número de casos registrados é preciso destacar que a maioria das pessoas vítimas de violência sexual permanecem na cifra oculta, o que torna difícil a estimativa desse crime.

Tais dados revelam a existência de uma cultura denominada de “cultura do estupro”, onde mulheres convivem com o medo caso transgridam a condutas atribuídas a feminilidade desejada pelo sistema patriarcal. Nesse sentido, o termo cultura do estupro deriva de “*rape culture*” cunhado por feministas na década de 70 nos Estados Unidos, desse termo fazem parte a culpabilização por parte da sociedade das vítimas. Esse pensamento vem de um discurso socialmente construído que considera que a mulher é vítima de uma agressão sexual porque, de alguma forma, provocou tal situação, seja por usar roupas curtas ou andar sozinha em lugares considerados impróprios, ou seja, a culpa é atribuída a mulher, percebida como um agente estimulador de sua própria violência, somado a isso há também a ideia de que o homem não consegue controlar seu instinto natural.

Mas como enfrentar um sistema que perpetua a violência contra a mulher e culpabiliza a vítima?

O machismo no Brasil é configurado através de condutas culturais sobre a masculinidade, que glorifica atributos masculinos e fazendo com que a desigualdade entre homens e mulheres seja perpétua. Nesse sentido:

O masculino é associado ao poder, à virilidade e à agressividade. Apesar do modelo hegemônico de masculinidade construído já ter sofrido muitas críticas, ainda prepondera a associação entre masculinidade viril, competição e violência. Em oposição, a mulher digna de admiração é aquela que se auto sacrifica, que é submissa aos homens e que é uma boa mãe e esposa. Percebe-se, assim, um “ideal passivo feminino” na cultura brasileira. Os resultados da pesquisa mostram que a partir do momento em que a mulher não adere aos valores determinados de acordo com um sistema cultural machista e patriarcal, a violência contra a mulher passa a ser tolerada socialmente. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p.8).

A modo de superar esse fenômeno, a pesquisa aponta que a pesquisa demonstra que os mais jovens e com mais educação tem melhor compreensão sobre o papel da mulher na sociedade. Ademais, 91% dos entrevistados acredita que é possível ensinar meninos a não estuprar, enquanto 6% discorda, 2% não concorda nem discorda, e 1% não sabe. Ou seja:

A forte aderência ao enunciado revela que o ambiente escolar e o ambiente familiar (espaços tradicionalmente associados à formação humana) são amplamente reconhecidos como espaços em que se

dá a disputa ideológica em um sistema machista e patriarcal. Nesse sentido, ao afirmar que é preciso educar meninos para que não estuprem, o enunciado aponta para a ideia de que uma educação sobre igualdade tem potencial para alterar a cultura machista que perpetua a violência contra a mulher (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 11).

A culpabilização da vítima é frequentemente relatada pelas mulheres, dentre as queixas: humilhação, julgamento moral, procedimentos de coleta de provas que expõe o corpo violado da vítima. Sendo que isso também está presente quando recebem atendimento nos serviços de justiça, segurança e saúde, o que dá consequência as baixas taxas de notificação do crime a polícia. Conforme os dados colhidos, 50% das pessoas entrevistadas não acreditam que a polícia militar esteja bem preparada para atender vítimas de violência sexual. Ou seja, a percepção captada é de que as instituições policiais e o sistema de justiça ainda não conseguem responder a esses desafios.

No que se refere a polícia civil, a delegacia da mulher é uma importante conquista no combate a violência contra as mulheres. A delegacia é vista como um lugar mais acolhedor às vítimas, 44% dos entrevistados acreditam que as mulheres vítimas de violência sexual encontram acolhimento em delegacias de polícia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Grande parte da população brasileira acredita que as próprias mulheres, vítimas de agressão sexual, são responsáveis por não se comportarem de acordo com uma “mulher respeitável”.

No que se refere aos crimes de violência sexual, segundo os resultados da pesquisa, a percepção da sociedade brasileira é que as instituições policiais, no geral, não estão preparadas para acolher vítimas de violência sexual. “Os operadores da segurança pública e do sistema de justiça criminal devem ser protagonistas na garantia e na promoção da igualdade entre homens e mulheres – inclusive dentro das corporações” (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 20)

Os resultados da pesquisa #APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro revelam que é necessário combater a tolerância em relação a violência sexual que atinge, diariamente, tantas mulheres. Será só através de mudanças nas atitudes sociais, culturais e institucionais que a cultura do estupro será combatida. Ou seja, para combater a cultura do estupro é necessário ir além da luta por igualdade, são necessárias políticas públicas concretas, especialmente educacionais e de uma radical mudança na estrutura da nossa sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Revista



Brasileira de Ciências Criminais, n. 48, p. 260-90, maio/jun, 2004. Disponível em:

<[www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf)>

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 2 v. Lisboa: Quetzal Editores, 2009.

FERNANDES, Leonísia Moura. **Traduzir a língua do medo para superar a cultura de estupro**. Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas - Universidade Federal da Paraíba V. 05 - Nº 01 - Ano 2016. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/issue/viewIssue/1668/40>>. Acesso em: 22 set. 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário brasileiro de segurança pública**. Edição IX. São Paulo, 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. **#APolíciaPrecisaFalarSobreEstupro**. São Paulo, 2016.

MENDES, Soraia da Rosa. **Um em cada três brasileiros culpa as mulheres por estupro, diz pesquisa**. 2016. Disponível em: <<https://professorasoraiaemendes.com/2016/09/21/um-em-cada-tres-brasileiros-culpa-as-mulheres-por-estupro-diz-pesquisa-correio-braziliense/>> Acesso em: 22 Set. 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra as Mulheres**. 23 de Fevereiro, 1994. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/48/104&Lang=E&Area=UNDOC>> Acesso em: 22 Set. 2016.

VILLELA V., WILZA, LAGO, TÂNIA. **Conquistas e desafios no atendimento das mulheres que sofrem violência sexual**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 23 (2): 471-475, fev., 2007, p. 472



## **RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE AO ERRO MÉDICO E A CONDUTA HUMANA**

*Christieli Pereira Almeida*<sup>1</sup>

*Daiuse Rodrigues*<sup>2</sup>

*Orientador: Fabiano Prado de Brum*

### **RESUMO**

O presente trabalho trata-se da responsabilidade civil, sua abrangência e as obrigações de meio e resultado na área da saúde. Desse modo, ressalta, igualmente a conduta do médico, esse que deve atuar de forma zelosa, usando de meios idôneos, bem como realizando com êxito o procedimento necessário ou requerido pelo paciente. Outrossim, aborda questões históricas e a natureza jurídica da responsabilidade civil ainda, as causas excludentes de culpabilidade. Nesse ínterim, o supracitado tem o cunho de abordar a relevância da reparação do dano civil sob a perspectiva da conduta humana em prol do direito fundamental, qual seja a vida.

**PALAVRAS- CHAVE:** Responsabilidade Civil; Erro Médico; Conduta Humana.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Atualmente tem se tornando cada vez maior a demanda de processos judiciais com pedido de reparação ocasionada por erro médico, dessa forma denotando-se a importância que esse tema apresenta diante do mundo jurídico. Sabemos que os médicos têm a obrigação de fazer tudo que estiver a seu alcance para garantir a vida de seus pacientes, no entanto existem riscos e nem sempre esse objetivo é alcançado.

Assim como existem erros em outras profissões, na medicina também é a conduta irregular gerada pelo médico acaba por fazer nascer a obrigação de indenizar, caso fique comprovado o ato errôneo, quem sofreu o dano, pois seria injusto deixar que o mau desempenho exercido na profissão acabe prejudicando o paciente, o qual espera um bom resultado, naqueles casos que não envolvem risco de vida.

### **METODOLOGIA**

A metodologia, aplicada foi o método de procedimento sócio analítico e a abordagem dedutiva, no que se refere à técnica da pesquisa, foi utilizada documentação direta e indireta.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito – URI – Santo Ângelo/RS;

<sup>2</sup> Graduanda em Direito URI Santo Ângelo RS;

## ANÁLISE E DISCUSSÃO

Desde a antiguidade os povos têm apreensão em elaborar regras para a conduta profissional daqueles que exerciam a medicina. Porém, não existia a medicina da forma como conhecemos recentemente, pois não havia estudo de moléstias nem meios de especialização para sua prática. A responsabilidade médica surgiu no momento em que o homem percebeu que a cura não era um ato divino, e sim ato realizado por pessoas com determinadas habilidades e práticas. Nesta ocasião a realização da cura de moléstias passou a ser vista como profissão, nascendo daí a responsabilidade por sua prática.

A conduta humana seja ela ação ou omissão é o ato da pessoa que causa dano ou prejuízo a outrem, que deva reparar esse prejuízo.

Define –se como conduta humana sendo "o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, (...) que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado". Afirma ainda que a ação ou omissão que gera a responsabilidade civil pode ser ilícita ou lícita e que a "responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, (...) principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos". E continua sua lição afirmando que o comportamento pode ser comissivo ou omissivo, sendo que a "comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se." (DINIZ, MARIA HELENA, 2003, pag.37).

A responsabilidade civil do médico sempre foi objeto de discussões, que tem por embasamento as teorias subjetivas, fundada na culpa e a teoria objetiva fundada no risco. No entanto, para concepção da responsabilidade civil do médico deve se ter em mente que responsabilidade civil é a obrigação de repara o prejuízo decorrente de uma ação ou omissão.

A prestação de serviços médicos possui natureza jurídica contestável entre os doutrinadores, alguns consideram como obrigação de meio, outros como obrigação de resultado. Certamente a grande maioria dos médicos atuam em áreas onde a obrigação de meio é a regra, já que realizam atividade na busca da melhora do paciente, no entanto não podem garantir a cura por fatores que fogem a sua responsabilidade. Porém, em algumas atividades médicas, como a medicina estética, o profissional dá a seu paciente a garantia de obter determinados resultados.

Na obrigação de meio deve ser medido se o devedor aplicou boa diligência no cumprimento da obrigação, por outro lado, o descumprimento deve ser examinado na conduta do devedor, de modo que a culpa não pode ser presumida, incumbindo ao credor prová-lo cabalmente. Assim sendo, quando se tratar de obrigação de meio, deverá o paciente comprovar que o médico agiu de forma culposa, sendo negligente, imprudente ou imperito, independente da responsabilidade ser contratual ou extracontratual.

Na obrigação de resultado o médico admite a obrigação de proporcionar ao paciente o resultado desejado e sua conduta não será somente a de exercer

sua atividade, mas sim de produzir um resultado previamente acordado entre médico e paciente. Caso o fim buscado não seja parcial ou totalmente alcançado o médico não executou sua obrigação e poderá vir a ser considerado inadimplente, havendo presunção de sua culpa e possibilidade de inversão do ônus da prova, cabendo ao paciente apenas comprovar, em essência, apenas que não foi obtido o resultado esperado. Conforme dispõe a doutrina no ponto:

“(...) na obrigação de resultado o devedor, ao contrário, obriga-se a chegar a determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou deverá arcar com as consequências. É o que se dá, pôr exemplo, no contrato de empreitada, transporte e no de cirurgia estritamente estética ou cosmetologia (...) o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns utilizam-se mesmo de programas de computador que projetam a nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas, etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. Estabelece-se, sem dúvida, entre médico e paciente a relação contratual de resultado que deve ser honrada.” (STOCO RUI, 1995, pag. 288-289)

A responsabilidade civil médica, novamente registre-se, é baseada na responsabilidade civil subjetiva, tal como dispõe o §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, devendo haver nexos entre a ação do médico e a lesão sofrida pelo paciente.

A responsabilidade civil do médico ocorre a partir da comprovação da culpa do médico em sentido amplo. A culpa poderá estar presente como culpa no sentido estrito ou sob a forma de dolo. A culpa no sentido estrito pode ser o erro médico que se entende como um agir por parte do médico sem intenção de causar dano ao paciente. O dolo médico será caracterizado quando o profissional age com consciência, na intenção de provocar um resultado danoso ou, ainda, de alguma forma assume o risco de sua ocorrência. O erro médico é uma falha do profissional no exercício de sua profissão. O erro médico pode ocorrer sob a forma de erro de diagnóstico, erro profissional ou até mesmo erro grosseiro.

“(...) o erro médico, no âmbito da responsabilidade civil, pode ser de ordem pessoal ou estrutural. Será pessoal quando o ato lesivo se der na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais que se referem às condições físicas ou emocionais do profissional. Já as falhas estruturais, se referem quando os meios e as condições de trabalho foram insuficientes ou ineficazes para a obtenção de uma resposta satisfatória.” (FRANÇA GENIVAL VELOSO, 1994, pag.242)

A Constituição Federal garante o direito de reparação por dano provocado por ação de terceiro em seu artigo 5º, inciso X que afirma que “(...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

*assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.*

Registre-se, por fim, que as causas que podem excluir a responsabilidade do médico podem ser encontradas no artigo 393 do Código Civil e no artigo 14 do Código de Defesa Consumidor, tais como, por exemplo, o caso fortuito e a força maior, além da culpa exclusiva do paciente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Perante o exposto, pode-se concluir que a responsabilidade civil médica é a obrigação de reparar os danos ou prejuízos que cause ao paciente no exercício de sua profissão.

Para que se configure a responsabilidade do médico devem estar presentes os requisitos do nexos causal, da conduta médica, do dano e do dolo ou culpa.

No entanto, deve-se ter em mente que muitas vezes o erro médico é originado não só por uma conduta profissional inadequada, mas também por despreparo e falta de condições mínimas de atendimento aos pacientes. A expectativa de o paciente sofrer danos quando não há recursos disponíveis é muito maior e fogem a alçada do médico, que não pode resolver sozinho os problemas do sistema de saúde. Certamente a falta de recursos não justifica todos os erros médicos. O que se deve ter em mente é que o profissional utiliza todos os meios e recursos necessários no objetivo de proporcionar o melhor ao paciente, buscando a cura da enfermidade e o bem-estar da população.

## **REFERÊNCIAS**

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 6ª ed., São Paulo: Fundação BYK, 1994

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

## REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO<sup>1</sup>

*Claudir Diniz Garcia<sup>2</sup>*

*Luiz Alberto Brasil simões Pires Filho<sup>3</sup>*

### RESUMO

Existem muitos mitos quanto ao auxílio-reclusão, que abrangem somente oito por cento das famílias da população carcerária, onde campanhas difamatórias são massificadas, tanto em redes sociais, como na mídia em geral, com intuito claro denegrir o benefício em tela, e com campanhas para a extinção do auxílio-reclusão. De forma odiosa e repleta de desinformação, essas campanhas convocam a população a reivindicar a suspensão deste direito sob a alegação de que o Estado estaria beneficiando o “criminoso” em detrimento da “vítima”. Entre outras falácias, chega-se a afirmar que o valor é pago diretamente ao criminoso ou ainda que o benefício multiplica-se de acordo com o número de filhos do preso ou da presa. Neste trabalho apresenta-se a verdade legal, amparada pela legislação vigente sobre o benefício do auxílio-reclusão e seus requisitos para sua concessão.

**PALAVRAS CHAVES:** Auxílio-reclusão. Legislação. Mito. Benefício. Requisitos. Dependentes. Validade.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pesquisa representa contribuição à área de conhecimento ao despertar o debate sobre o tema apresentado, vivenciado no dia-a-dia do cidadão e do profissional da área jurídica sobre os mitos que pairam na sociedade quanto ao recebimento do auxílio reclusão. E com isto buscar contribuir para o encontro de uma solução efetiva que garanta acesso ao entendimento do real propósito deste benefício.

### METODOLOGIA

A natureza da pesquisa é teórica, proveniente de consultas da lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, e resumo do artigo da Advogada Jacira Brito, com a qual se almeja a compreensão da legislação vigente quanto ao tema do auxílio reclusão. O

---

<sup>1</sup> A pesquisa está relacionada ao artigo da Advogada Jacira Brito formada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP (PUC-Campinas), conforme publicação no endereço eletrônico <http://jacirabrito.jusbrasil.com.br/artigos/301301495/auxilio-reclusao-entenda-como-funciona-e-quem-tem-direito-de-acordo-com-as-novas-regras>;

<sup>2</sup> Acadêmico de Direito cursando 10º Semestre na URI/Campus Santo Ângelo;

<sup>3</sup> Mestre em Direito e Professor pela faculdade de direito da URI/campus Santo Ângelo. Advogado.

trabalho é realizado por meio da abordagem qualitativa, e o método utilizado é o dedutivo, com vista à reflexão e resposta para o problema que ora se apresenta.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Temos como mito que o auxílio-reclusão são benefícios concedidos a todos os presos, sofrendo um enorme preconceito por parte da sociedade e isto não procede como veremos no transcorrer deste estudo.

O auxílio-reclusão é um benefício previdenciário concedido as dependentes de segurados recluso, que esteja cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto no sistema Penitenciário Brasileiro.

O auxílio-reclusão não é prestado diretamente ao preso e sim aos seus dependentes, que com a prisão do segurado, ficarão financeiramente desamparados. O principal objetivo do auxílio-reclusão é garantir a sobrevivência e o mínimo de dignidade do núcleo familiar, diante da ausência do provedor segurado.

O benefício foi instituído pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999 no qual preconiza em seu art. 80

**Art. 80.** O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

A sociedade em geral acredita que quem paga as despesas com os custos do auxílio-reclusão é a população em geral, sendo este fato um verdadeiro horror quando se fala nesse benefício, porque creem que quem recebe é o detento ou recluso, fato que também não corresponde com a realidade, senão vejamos:

O auxílio-reclusão é um benefício pago pela Previdência Social aos dependentes do segurado e não a este, sendo não ser assistência e sim um direito que todo o segurado possui de ter seus amparados pela Previdência quando estiver passando por determinadas situações, como por exemplo, dos dependentes do segurado falecido.

Corroborando com essas afirmativas colaciona-se a lição de Marisa Ferreira dos Santos:

A relação jurídica entre os dependentes e a Previdência Social (INSS) só se forma quando o segurado já não tem direito a nenhuma cobertura previdenciária. Só entram em cena os dependentes quando sai de cena o segurado. E isso acontece apenas em 2 situações: na morte ou no recolhimento à prisão. Ocorrendo um desses eventos, a proteção social previdenciária é dada aos que dependiam economicamente do segurado e que, com sua morte ou prisão, se vêm desprovidos de seu sustento. Somente esses 2 eventos — morte e recolhimento à prisão — são

contingências com proteção previdenciária garantida na CF (art. 201, V), mediante concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão. (Direito Previdenciário Esquemático – 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.530).

Além do mais, os impostos pagos pelos cidadãos brasileiros de modo algum são utilizados para pagamento desse auxílio, e os dependentes do segurado detento ou recluso só receberá esse benefício se este tiver contribuído pelo menos 24 (vinte e quatro meses) com a Previdência.

Conforme veremos a seguir o segurado deve ser considerado de baixa renda, isso significa que não são todos os detidos ou reclusos que farão jus ao benefício.

Para que os dependentes tenham direito, é necessário que o último salário recebido pelo segurado esteja dentro do limite previsto pela legislação conforme portaria nº1, de 08/01/2016, (atualmente, R\$ 1.212,64). Caso o último salário do segurado esteja acima deste valor, não há direito ao benefício.

Em caso de morte do segurado na cadeia, o Auxílio-reclusão é convertido para pensão.

A cota do Auxílio-reclusão será dividida em partes iguais a todos os dependentes habilitados.

De acordo com o artigo 16, da Lei nº 8.213/91, “*são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado as seguintes pessoas abaixo descritas e separadas por classe*”.

Classe 1: Estão elencados o cônjuge: a) casado civilmente, b) em união estável, c) em união homo afetiva, d) cônjuge separado de fato (que não convivam juntos, mas que não formalizaram a separação ou divórcio), filho não emancipado, até 21 anos de idade, Filho inválido ou deficiente mental ou intelectual, de qualquer idade, equiparados a filhos, que são o enteado e o menor tutelado. Classe 2, pai e mãe. Classe 3, irmão não emancipado, de qualquer condição, até de 21 anos de idade, irmão inválido, deficiente mental ou intelectual de qualquer idade.

Cabe destacar que, se houver dependentes na classe um, as pessoas das demais classes não terão direito ao benefício, ocorrendo a exclusão direta das demais classes.

Importante frisar a data de início do benefício que será a data em que o preso foi recolhido à prisão. É preciso tomar um certo cuidado para não demorar muito para requer o benefício. Pois, se entre a data do recolhimento à prisão e a data do requerimento ao auxílio-reclusão transcorrer um período superior a trinta dias, a data de início do benefício passa a ser a mesma data de solicitação do benefício.

O auxílio-reclusão tem duração variável conforme a idade e o tipo de beneficiário. Além disso, caso o segurado seja posto em liberdade, fuja da prisão ou passe a cumprir pena em regime aberto, o benefício é encerrado.

Para o(a) cônjuge, o(a) companheiro(a), o(a) cônjuge divorciado(a) ou separado(a) judicialmente ou de fato que recebia pensão alimentícia: duração de 4 meses a contar da data da prisão: Se a reclusão ocorrer sem que o segurado tenha realizado 24 contribuições mensais à Previdência ou; Se o

casamento ou união estável se iniciar em menos de 2 anos antes do recolhimento do segurado à prisão;

Duração variável conforme a tabela abaixo: Se a prisão ocorrer depois de vertidas 24 contribuições mensais pelo segurado e pelo menos 2 anos após o início do casamento ou da união estável: dependente que estiver com menos de 21 (vinte e um) anos, terá direito ao benefício pelo máximo de 3 (três) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos 6 (seis) anos, terá o direito ao benefício de 06 (seis) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos, direito a 10 (dez) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos, o direito a 15 (quinze) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos, o direito a 20 (vinte) anos e a partir de 44 (quarenta e quatro) anos, o benefício se torna Vitalício.

Para o cônjuge inválido ou com deficiência: O benefício será devido enquanto durar a deficiência ou invalidez, respeitando-se os prazos mínimos descritos na tabela acima.

Para os filhos, equiparados ou irmãos do segurado recluso (desde que comprovem o direito).

O benefício é devido até os 21 (vinte e um) anos de idade, salvo em caso de invalidez ou deficiência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se, portanto, que a garantia do benefício ao auxílio-reclusão é direito assegurado aos dependentes do segurado pela Previdência Social, que preencham os requisitos elencados na Lei nº 8.213/91.

De fato, é muito perigoso julgar pessoas, direitos ou fatos, sem conhecê-los como realmente são. Certamente, as pessoas que são contra o auxílio-reclusão não sabem que esse é um benefício previdenciário que só tem direito quem é segurado como qualquer cidadão, em outros casos como, por exemplo, o auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria, etc.

Apesar de vivermos em um país onde as nossas prisões estão demasiadamente cheias, nem todos os detentos ou reclusos fazem jus ao referido benefício, mas apenas uma minoria de 8% da população carcerária.

Isso porque, a maioria dos detentos ou reclusos são pessoas pobres, negras e jovens, que muitas vezes nunca tiveram um emprego formal ou contribuíram com a Previdência Social, para, assim, ter direito ao benefício. Diferente do que muitos imaginam, os dependentes destes jamais terão direito ao auxílio-reclusão.

Feitas tais considerações, cabe asseverar, de acordo com o pensamento de Hélio Gustavo Alves que:

“Se extinto ou reduzido este benefício previdenciário pela baixa renda, ocorrerá um retrocesso social. O auxílio reclusão é uma prestação previdenciária de fundamental importância nas relações sociais, pois sua concessão faz com que se evite um caos tanto para a família do segurado quanto para o País, pois se suprimido esse importante benefício, muitos dependentes teriam que partir, seja de qual forma for, legal ou ilegal, para trazer o que comer, e sabemos que a hipótese mais provável é,





infelizmente, o aumento da criminalidade pelo fato da genitora ter que trabalhar e os menores ficarem sem a devida base educacional, ficando à mercê do mundo.”

Notadamente constatado que o auxílio-reclusão é um Benefício justo, pois, todo o segurado tem o legítimo direito a garantir aos seus dependentes o recebimento do auxílio-reclusão, sendo esse valor dividido pelo número de dependentes legitimados pela lei, não se tratando de assistencialismo.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo. Auxílio Reclusão. **Direitos dos presos e de seus familiares**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**, Planos de Benefícios da Previdência Social, Presidência da República. Brasília. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>

BRASIL. **Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999**, Regulamento da Previdência Social, Presidência da República. Brasília. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>

BRITO. Advogada Jacira Brito. **Auxílio-reclusão: entenda como funciona e quem tem direito, de acordo com as novas regras**, disponível em:<<http://jacirabrito.jusbrasil.com.br/artigos/301301495/auxilio-reclusao-entenda-como-funciona-e-quem-tem-direito-de-acordo-com-as-novas-regras.>>

FERREIRA. Marisa dos Santos. **Direito Previdenciário Esquematizado** – 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

## **A ALTERIDADE NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS**

*Cristiane de Lima Geist<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

A cultura do litígio judicial trouxe alguns problemas para o Poder Judiciário, diante deste fato algumas medidas foram tomadas para amenizar essa situação, dentre elas a mediação de conflitos. Nessa senda, este trabalho contempla a mediação a partir da alteridade, analisando os aspectos que a envolve, numa perspectiva da mediação como meio de tratamento dos conflitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação de conflitos; Alteridade; Identidade; Diferença.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O homem é resultado de suas interações históricas com os costumes, os lugares, os momentos vividos, os encontros e desencontros, mas muitas vezes o ser humano não percebe esse processo, e não tem, por consequência, o entendimento do quanto é importante a relação com o outro nesse processo identitário. Portanto, para me reconhecer como existência humana, preciso reconhecer o outro como parte da minha própria humanidade.

É inerente ao ser humano que haja conflitos em nossa convivência familiar e em sociedade. Os conflitos podem ser gerados nas mais diversas relações, como, por exemplo, na família e na escola. Muitos desses conflitos são levados ao Judiciário, o que vem sobrecarregando o mesmo, e resultando muitos problemas para a sociedade. Em meio a essa realidade, algumas medidas vêm sendo implantadas para amenizar estes problemas. Dentre as últimas mudanças legislativas, encontra-se o Novo Código de Processo Civil, que traz em muitos artigos as formas consensuais de solução de conflitos, e a Lei n.º 13.140/2015 que regulamenta a aplicação da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Diante deste contexto o tema abordado no trabalho é a Alteridade na Mediação de Conflitos, tendo em vista a importância da alteridade na qualidade da resolução do conflito. Torna-se necessário se colocar no lugar do outro para aceitar e respeitar as diferenças, e compreender melhor o porquê daquela situação conflituosa. Portanto, o estudo tem como objetivo analisar a alteridade na mediação, destacando a identidade, a diferença, e os processos culturais, numa perspectiva da mediação como meio de tratamento de conflitos, e não apenas para reduzir o número de ações e desafogar o Judiciário.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus de Santo Ângelo (RS). Especialista em Docência na Educação Profissional Técnica e Tecnológica pelo Instituto Federal Farroupilha - *Campus Alegrete* (RS). Auditora do Instituto Federal Farroupilha, e-mail: cristiane.geist@iffarroupilha.edu.br

## **METODOLOGIA**

A partir da elaboração da pesquisa e das características que permeiam o trabalho, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, o qual busca por meio de pressupostos e teorias construir soluções justas e plausíveis à realidade. Quanto aos meios, foram utilizadas na pesquisa bibliografias físicas e virtuais (legislação).

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Os modelos de solução de conflitos sempre privilegiaram levar as demandas ao Judiciário para a sua resolução, o que foi determinante para a criação da cultura do litígio judicial. Consequência disso é uma demanda gigantesca de processos que chega ao Poder Judiciário diariamente, o que ocasiona lentidão na solução das controvérsias. Além disso, é de conhecimento de todos que os processos judiciais possuem custas e demais despesas elevadas, os procedimentos são complexos, não há estabilidade nas decisões, o que causa insegurança jurídica.

Diante de tal realidade são criadas novas formas de solução dos conflitos, para tentar amenizar esses problemas. Inclusive a condução das demandas já está sendo modificada. Nesse sentido, Garcez (2004, p. 5) comenta: “Sobretudo houve uma mudança de paradigmas, passando-se da metodologia do confronto e da manipulação para a teoria dos métodos cooperativos.” Destacam-se, portanto, dentre as novas formas para a solução das demandas, a mediação. A origem da mediação é trazida por Gaglietti e Costa:

A etimologia e origem provável da palavra “mediação” antes de derivar do latim (*medium, medius, mediator*) consta, desde o século XIII, na enciclopédia francesa em 1964, designando, sobretudo, a intervenção humana entre duas partes. No âmbito dos conflitos, mais especificadamente, poderá parecer que subsistem várias histórias. Segundo alguns autores, a mediação existe há muito tempo, desde o tempo em que existe a intervenção de uma terceira parte nos conflitos de outrem. (GAGLIETTI; COSTA, 2013, p. 212)

Percebe-se então que a mediação tem origem há bastante tempo. Tem como finalidade abrir canais de comunicação. A mediação é conceituada por Sales:

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. (SALES, 2007, p. 23)

Assim, a mediação é uma nova forma de olhar os problemas contidos no litígio, e esse olhar é efetuado pelas próprias partes, que tem o poder de decisão na solução do conflito, mediante o facilitador da comunicação que é o mediador.

Em 2015, houve a promulgação da Lei 13.140/2015, que trata sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos na administração pública, e foi sancionada a Lei n.º 13.105/2015, que dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil, o qual traz vários artigos e seções sobre as formas de resolução de conflitos.

É importante lembrar que a necessidade de imposição de uma decisão do Estado, uma decisão do Judiciário, foi sendo criada diante do que estava sendo vivenciado em cada época. No entanto, é imprescindível uma mudança de cultura: do litígio para a pacificação social. Nesse sentido Spengler e Lucas fazem uma abordagem da finalidade da mediação:

Nestes termos, o que se propõe é pensar a mediação não apenas como meio de acesso à Justiça, aproximando o cidadão comum e “desafogando” o poder Judiciário. Pretende-se “discutir mediação” enquanto meio de tratamento de conflitos não só quantitativamente, mas qualitativamente mais eficaz, proporcionando às partes a reapropriação do problema, organizando o “tempo” e as práticas” do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo os caminhos possíveis. (SPENGLER; LUCAS, 2011, p. 202)

Portanto, essa nova possibilidade de tratamento devolve ao cidadão a capacidade de trabalhar com o litígio, o qual é inerente ao ser humano. Nessa perspectiva, Gaglietti e Costa (2013, p. 246) advertem com muita propriedade: “Assim, seria prudente adotar uma postura transformadora na gestão do conflito, distanciando-se, em certa medida, da construção de acordos como propósito primeiro e privilegiando a transformação do conflito: de postura adversarial a um procedimento colaborativo.”.

Na perspectiva de uma visão colaborativa e cooperativa, Spengler e Lucas ensinam:

Assim, os mecanismos restaurativos permitem a efetivação de uma gestão local participativa, democrática e descentralizada, baseada nas relações sociais entre a comunidade e o poder público. Além disso, o resultado desta interação mobiliza o capital social e constitui a rede de cooperação, construindo, por conseguinte, uma ação coletiva de redução das desigualdades sociais e de solidificação do sentimento de pertencimento a uma comunidade. (SPENGLER; LUCAS, 2011, p. 98)

Esse sentimento de pertencimento a uma comunidade insere o indivíduo no seu reconhecimento identitário, o qual ocorre e modifica-se mediante os processos histórico, social e cultural.

A transformação é movimento constante na produção da identidade. O processo identitário é dinâmico, pois o sujeito está sempre em movimento, sofrendo alterações constantes. Identificar-se também

significa tornar-se igual ao outro: igualdade e diferença acontecendo ao mesmo tempo. (MADERS; ANGELIN, 2012, p. 46)

Portanto, para o reconhecimento de sua identidade é imprescindível a diferença. A identidade depende da diferença, pois a diferença é o que separa uma identidade da outra. Tanto uma quanto a outra são decorrentes dos processos culturais. Somos frutos das interações sociais e históricas.

[...] a sociedade brasileira é composta de um conjunto plural e diversificado de grupos étnicos, que a faz multicultural, desde a herança pluralista dos povos indígenas, quanto pelas imigrações intercontinentais provenientes de diversos grupos étnicos europeus, africanos e asiáticos. Cada qual com sua dinâmica de crenças, valores, tradições culturais, convicções religiosas e artísticas, identidades e práticas sociais específicas formam hoje o complexo acervo das práticas sociais pelas quais convivemos. (BERTASO; SANTOS, 2013, p. 12)

Nesse sentido é importante que as pessoas envolvidas no conflito possam refletir sobre sua identidade e suas diferenças, identificando, aceitando e respeitando a diferença do outro, através da alteridade, ao se colocar no lugar do outro. Mediante essa atitude os sujeitos da relação conflituosa entenderão qual ou quais são os verdadeiros motivos que os levaram àquele conflito. Apenas com este diagnóstico se torna possível uma mediação transformadora, um efetivo tratamento dos conflitos.

O verdadeiro entendimento entre os envolvidos no conflito acontecerá com a possibilidade de diálogo entre pessoas, as quais muitas vezes com culturas diferentes, e para que isso aconteça é necessário este reconhecimento e respeito das diferenças.

Em verdade o reconhecimento das diferenças, o respeito à história das culturas das comunidades diferenciadas, reivindicam atitudes concretas e remetem às condições de possibilidade políticas para o diálogo e o entendimento intercultural, entre as culturas vulneráveis, com as demais etnias hegemônicas. (BERTASO; SANTOS, 2013, p. 14)

O diálogo necessário para tratar o conflito será criado quando cada um respeitar a diferença do outro. “Vê-se que as diferenças devem ser atenuadas e respeitadas, no sentido de aceitar e respeitar o *Outro*, sendo o processo de reconhecimento, aceitação e inclusão deste *Outro*, uma busca constante na construção da cidadania.” (MADERS; ANGELIN, 2014, p. 19)

Portanto, a mediação perpassa por diversas especificidades. É uma transformação do próprio ser humano mediante suas relações com o outro, na convivência dos mais diversos grupos culturais, com as mais diversas identidades e diferenças.

A convivência de grupos diferenciados em cenários interétnicos implica aceitação da diversidade, de onde se dão estratégias dialogais de sustentação da própria continuidade das relações



sociais. E é de onde se faz concretas as possibilidades da lealdade de todos e de cada um aos valores da democracia e aos direitos humanos,<sup>10</sup> bem como às instituições democráticas de direito que a tutelam. (BERTASO; SANTOS, 2013, p. 15 e 16)

Nesse sentido, a mediação é por consequência uma maneira de cumprir com os objetivos da cidadania, dos direitos humanos e da democracia, pois possibilita que as próprias pessoas tomem decisões sem a intervenção de um terceiro. Proporciona dessa forma, a autonomia dos indivíduos, e a percepção da responsabilidade de cada um no conflito, gerando ações reparadoras e transformadoras das suas relações com o outro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das mudanças ocorridas na sociedade e das dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário é imprescindível que haja mudança de cultura e reformulação das formas de solucionar os conflitos. A mediação tem por finalidade não apenas dar celeridade na resolução dos conflitos, mas tratar o conflito. E para que essa proposta seja efetiva é imprescindível que a alteridade esteja presente na mediação, o que ocorrerá através do reconhecimento identitário e de suas diferenças culturais, e na aceitação e respeito das diferenças do outro.

Portanto, a mediação como meio de tratamento dos conflitos envolve identidade, cultura, diferença e alteridade. O ato de se colocar no lugar do outro possibilita a compreensão da natureza do conflito, sua causa, seus objetivos, e quais os contornos que constituem o evento conflituoso, permitindo assim o diálogo e a possibilidade de continuidade das relações.

## REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 17 out. 2015.



GAGLIETTI, Mauro José; COSTA, Ana Paula Motta. **Direito, Conflito e Solução**. Passo Fundo: Editora IMED, 2013.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. (Org.). **Multiculturalismo e direito em foco**. Santo Ângelo: FURI, 2012.

\_\_\_\_\_. **Multiculturalismo e direito em foco**. Vol. II. Santo Ângelo: FURI, 2014.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar. **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTRANGEIRO NO BRASIL**

*Débora Patricia Seger<sup>1</sup>*

*Professora Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O Brasil é um país de muitas raças, culturas e, assim, com uma considerável quantidade de estrangeiros em seu território, razão pela qual no presente trabalho busca-se analisar a forma que a Constituição brasileira enfrenta a questão do estrangeiro no tocante aos Direitos Fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Direitos Fundamentais; Estrangeiro.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Desde os tempos mais remotos, tem-se conhecimento de imigrações que ocorrem em muitos países, em todo o mundo. Dessa forma, no Brasil não foi diferente, pois o “[...] ponto de partida para o estabelecimento dos imigrantes europeus no Brasil foi o decreto de 25 de novembro de 1808, de D. João VI, que permitiu aos estrangeiros o acesso à propriedade da terra” (SEYFERTH, 1990, p. 09). Assim, verifica-se que o Brasil é um país com grande número de estrangeiros fazendo-se necessário verificar qual o tratamento constitucional que os mesmos recebem.

### **METODOLOGIA**

Para a realização do presente trabalho, adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, enquanto método de procedimento monográfico.

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A partir desse momento histórico, a imigração eleva-se a cada ano. Atualmente observa-se uma imigração mundial substancial para países desenvolvidos e, em especial, em países em desenvolvimento como o Brasil. Assim, é preciso esclarecer que é necessária e de certa forma natural a distinção por parte do Estado do nacional e do estrangeiro, pois o Estado é a

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Santo Ângelo. Formada no Ensino médio na Escola Estadual de Educação Básica Leopoldo Ost (2010) em Santo Cristo, Rio Grande do Sul. Bolsista de mobilidade internacional do Programa Ibero-Americanas do Santander Universidades.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Advogada. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br



composição de território, soberania e seu povo, sendo a nacionalidade que realiza a conexão entre o Estado e uma pessoa, a fim desta se integrar na comunidade política. Logo, a nacionalidade é o vínculo político e pessoal essencial entre o Estado e a pessoa, para assim se sentir parte da comunidade (MENDES; BRANCO, 2014, p. 685).

Para tanto, “[...] a autoridade que o Estado tem sobre os indivíduos presentes em seu território (ou em seus espaços) se exerce, em primeiro plano, sobre os seus próprios *nacionais*. Depois, exerce-a também em relação aos *estrangeiros*” (MAZZUOLI, 2014, p. 721).

Conforme explana Rezek,

A prerrogativa de adotar legislação sobre a nacionalidade pertence ao direito interno. Todavia, a importância desse tema e a preocupação de que se evite a existência de apátridas, isto é, pessoas sem vínculo com nenhum Estado, são expressas em diversos instrumentos internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU – 1948) consagra que o Estado não pode arbitrariamente privar o indivíduo de sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade (art. XV) (REZEK, *apud* MENDES; BRANCO, 2014, p. 685).

Outra observação pertinente é quanto a não obrigatoriedade do Estado em admitir, de modo definitivo ou não, estrangeiros dentro do seu território. No entanto, o mundo vive em um período mais tranquilo em que não se tem notícias da famosa “portas fechadas a estrangeiros”, ainda, havendo variações em alguns países. Ademais, no momento em que o estrangeiro estiver em território, sendo por período temporário ou definitivo, o Estado terá deveres ao estrangeiro, sendo resultado do direito internacional escrito e costumeiro, variando de acordo com a origem do ingresso (REZEK, 2014, p. 232).

A Constituição Federal de 1988 (CF), em seu artigo 5º, *caput*, afirma expressamente que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988). Compreende-se, assim, que há a possibilidade de um estrangeiro que for residente neste território possuir os mesmos direitos e garantias fundamentais conferidos a brasileiros natos.

Destarte, há posicionamentos de autores como Pontes de Miranda que “[...] entende que a circunstância de não se mencionar os estrangeiros não residentes apenas exclui deles direitos que não sejam, por índole própria, de todos os homens”. Segundo a interpretação de Miranda, o texto constitucional não exclui os estrangeiros não residentes, isso porque a Constituição Federal aderiu a certos direitos fundamentais que são de todos os seres humanos (MIRANDA, *apud* MENDES; BRANCO, 2014, p. 173).

Por conseguinte, há possibilidade de um estrangeiro, mesmo não sendo residente no Brasil, utilizar-se de direitos fundamentais, pois eles ultrapassam a questão da nacionalidade. Trata-se de uma questão de dignidade da pessoa humana, ao ponto de, conforme Pedro Lenza, ser possível a impetração de habeas corpus por estrangeiro que somente está de passagem pelo território

nacional, observado as questões específicas como, por exemplo, a ação popular, a qual somente pode ser proposta por cidadão brasileiro (LENZA, 2011, p. 865).

Nesse rumo,

Há direitos que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto são considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns direitos, porém, são dirigidos ao indivíduo enquanto cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o liga ao País. Assim, os direitos políticos pressupõe exatamente a nacionalidade brasileira. Direitos sociais, como o direito ao trabalho, tendem a ser também compreendidos como não inclusivos dos estrangeiros sem residência no País (MENDES; BRANCO, 2014, p. 173).

Da mesma forma, Cavalvante Filho analisa que mesmo a interpretação gramatical do texto do artigo 5º da CF mencionar somente os residentes, o presente autor defende o posicionamento que residente ou não, todos tem titularidade em muitos direitos fundamentais, havendo somente alguns que seriam privativos aos brasileiros natos. Nesse viés o autor defende que alguns direitos fundamentais podem alcançar estrangeiros fora do país

Verifica-se, desse modo, que no Direito brasileiro os direitos políticos e sociais não se estendem ao estrangeiro, mas os direitos fundamentais e os de cunho individuais, como Direito Civil e Penal, são normalmente aplicados.

Nesse sentido, Rezek explica:

A qualquer estrangeiro encontrável em seu território – mesmo que na mais fugaz das situações, na zona de trânsito de um aeroporto – deve o Estado proporcionar a garantia de certos direitos elementares da pessoa humana: a vida, a integridade física, a prerrogativa eventual de peticionar administrativamente ou requerer em juízo, o tratamento isonômico em relação a pessoas de idêntico estatuto. [...] O estrangeiro não tem *direitos políticos*, mesmo quando instalado definitivamente no território e entregue à plenitude de suas potencialidades civis, no trabalho e no comércio. [...] No Brasil, valeria acrescentar que a falta de direitos políticos torna o estrangeiro inidôneo para propor a *ação popular*, uma forma de exercício da cidadania destinada à proteção do patrimônio público (REZEK, 2014, p. 233 e 234).

Outrossim, o rol previsto no artigo 5º da CF é exemplificativo, pois os direitos e garantias expressos não excluem outros existentes em razão de tratados internacionais ou do regime e dos princípios adotados, cujo país seja signatário (LENZA, 2011, p. 865). Observa-se que há uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, que também expõe garantias aos seres humanos em qualquer parte do mundo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contata-se a partir do presente trabalho que a Constituição Federal não está adequada, ainda em alguns itens pontuais, mas o Supremo Tribunal Federal como seu guardião realiza a interpretação que julga adequada diante da modernização dos fatos, percebendo-se, assim, que para ele a CF tem como pressuposto a dignidade da pessoa humana, realizando uma proteção aos estrangeiros. Muitos avanços precisam ser realizados para garantir melhores condições a esses povos, pois como citado os direitos fundamentais ultrapassam a questão da nacionalidade e sim chegam ao plano dos Direitos Humanos em um certa Constitucionalização Mundial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Institui a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2015.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 01 jun 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEYFERTH, Giralda. **Imigração e cultura no Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

## **DECLARAÇÃO DE NEW YORK: IMPLICAÇÕES NA INTEGRAÇÃO REGIONAL E NO PLANO DE AÇÃO PARA A CONFORMAÇÃO PROGRESSIVA DE UM ESTATUTO DE CIDADANIA DO MERCOSUL<sup>1</sup>**

*Diego Guilherme Rotta<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente texto reflete sobre eventuais efeitos da Declaração de New York no plano de ação para a conformação progressiva de um Estatuto de Cidadania do MERCOSUL, tomando a necessidade de intensificação da integração regional alinhada à complexificação do fenômeno da mobilidade de pessoas nos cenários regional e mundial. Parte-se do entendimento de que a assinatura da referida declaração pelos Estados componentes do Mercosul implicará na construção de uma cidadania regional que tome como paradigma a livre mobilidade de pessoas, desimportando o status legal e, conseqüentemente, a nacionalidade, desde que estejam sob proteção dos Estados signatários do MERCOSUL.

**PALAVRAS-CHAVE:** deslocamento de pessoas; Declaração de New York; integração regional; MERCOSUL; cidadania.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente texto pretende refletir sobre o espectro de efeitos da Declaração de New York, entabulada pelos países membros da Organização das Nações Unidas em 19 de setembro de 2016, no plano de ação para a conformação progressiva de um Estatuto de Cidadania do MERCOSUL. A efetivação do plano de ação, com a conseqüente criação de um Estatuto de Cidadania no bloco regional poderá levar ao "reacendimento" e efetivação do processo de integração no bloco, mas deverá tomar novos parâmetros, encaminhando-se à formação de órgãos e/ou instrumentos legais com força vinculante supranacional, ante à constante complexificação do fenômeno da mobilidade de pessoas nos cenários regional e mundial.

Considerando que os atuais Estados Parte do bloco (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela), enquanto também países membros da ONU, também firmaram, mediante a referida declaração, o compromisso de atuação na proteção de migrantes e refugiados, parte-se do entendimento de que, restando incumbidos na construção de um sistema de políticas de cidadania regional que tome como paradigma a livre mobilidade de pessoas,

<sup>1</sup> Linha II: Políticas de cidadania e resolução de conflitos. Excerto de pesquisa realizada a título de Projeto de Dissertação.

<sup>2</sup> Advogado, graduado no Curso de Direito, na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), mestrando bolsista no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo. E-mail para contato: dg\_rotta@hotmail.com.

desimportando o status legal e/ou a nacionalidade, desde que estejam sob proteção dos Estados signatários do MERCOSUL.

## **METODOLOGIA**

Entende-se por ser o método dialético o mais adequado, ante a necessidade de análise da dimensão histórica, da totalidade, da interação dos fenômenos, da contradição e da transformação. Como procedimentos metodológicos, foram utilizados a pesquisa bibliográfica e documental.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

O período posterior às grandes guerras na Europa (1914-1945), a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), que entrou em vigor em 24 de outubro de 1945 e da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 10 de dezembro de 1948, inaugura um novo paradigma no cenário internacional: da sociedade internacional clássica westfaliana, uma “sociedade de múltiplas soberanias convivendo em conflito” (BEDIN, 2011), passa-se à uma modelo de “substituição gradativa da autotutela, do conceito fechado e clássico de soberania, pelos conceitos de segurança coletiva”, onde “o isolacionismo estatal e o individualismo dão lugar à integração, bem como à cooperação entre as nações com o fim de se alcançar desideratos comuns e pacíficos” (MACHADO e DEL’OLMO, 2011). Trata-se, pois, de um mecanismo de estabelecimento de relações pacíficas entre os Estados antes em constante beligerância, ante o grande objetivo de busca da “paz perpétua”, já idealizada por Immanuel Kant em 1795.

Ao seu tempo, Enrique Ricardo Lewandowski (2004), sustenta que, diante da perda do controle sobre a dinâmica das relações comerciais, em função da globalização, “derivada em especial do novo modo de produção capitalista”, a regionalização, a partir dos processos de integração regional, “permite um certo controle sobre as variáveis do processo, dentro de um espaço menor, preparando os integrantes de determinado bloco estatal para sua inserção ordenada no mercado mundial”. De fato, sabe-se que, como advogam Rodas e Ramírez (2011), a estrutura de soberania do Estado mais desafiada e enfraquecida a partir dos processos de globalização é a de controle da economia e do comércio e transações financeiras, em função do aparecimento de atores supranacionais que desbancaram o poder de controle estatal no mercado global.

Não obstante seja comumente apresentada a União Europeia como processo de integração mais bem sucedido no cenário global, a região da América Latina também apresenta processos de integração de suma importância nas relações internacionais, dentre os quais destaca-se o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

A partir de um resgate histórico, Augusto Jaeger Junior (2000 e 2002) menciona o projeto da Companhia de Jesus na América como uma das primeiras raízes integracionistas na região, tendo findado a partir de uma série

de fatores, dentre eles o surgimento do Tratado de Madri, a Guerra Guaranítica, entre 1754 e 1756, e a expulsão dos jesuítas em 1767. Ainda, o autor (2000 e 2002) aponta como importantes acontecimentos o surgimento da ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), com o Tratado de Montevidéu, em 18 de fevereiro de 1960, “primeira grande iniciativa com vistas ao incremento comercial intrablocos” e, em substituição à essa, a ALADI (Associação Latino-Americana de Integração), através do Tratado de Montevidéu, de 1980, sendo que o fracasso de tais associações somente é revertido a partir de uma gama de acordos bilaterais entre Brasil e Argentina, em 1988, que acabaram culminando na assinatura do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, que instituiu o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Contudo, tem-se observado que, em uma espécie de repetição do círculo vicioso, em função de uma série de fatores, dentre os quais elencam-se o relacionamento conturbado entre os Estados partes, ocasionado por desalinhamentos políticos e desestabilizações econômicas e a ausência de instituições/órgãos/normas superiores que promovam a obrigatoriedade do cumprimento/internalização dos tratados, eterno peso do modelo de integração intergovernamental adotado, desde a sua criação, o MERCOSUL, “não fez jus ao nome”, sendo que até o presente momento, não alcançou o estágio de Mercado Comum. Toda e qualquer decisão de políticas de desenvolvimento e integração fica totalmente à mercê dos interesses individuais de cada nação, em uma verdadeira manutenção do cenário clássico de relações internacionais. Inclusive entende-se que o bloco “está em um quadro estático, às vezes até inanimado”, tendo “estacionado na união aduaneira (MACHADO e DEL’OLMO, 2011).

De acordo com o ensinamento de Jaeger Junior (2000), atingir o mercado comum implica, necessariamente, na “liberalização não apenas da circulação de bens, mas também dos demais fatores de produção, isto é, as pessoas”, sendo que esta etapa de integração “prevê a livre circulação como meta fundamental”.

Sabe-se que a União Europeia, tomada como grande parâmetro de mercado comum somente atingiu tal estágio após uma série de experiências anteriores e um longo período de negociações políticas que culminaram no Tratado de Maastricht e, a partir de 1º de janeiro de 1993, na criação do mercado único com a implantação de suas quatro liberdades fundamentais: a livre circulação de mercadorias, dos serviços, das pessoas e dos capitais. Importa ressaltar que a liberdade de circulação de pessoas inicialmente era oportunizada aos trabalhadores, tendo sido aplicada a todos os cidadãos tão somente a partir da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, inaugurando uma verdadeira cidadania europeia/regional.

Ao analisar o estado de instabilidade do MERCOSUL, Jaeger Junior (2000) aponta a livre circulação de pessoas como um desafio permanente ao processo de integração do Cone Sul, “dependente, entre outras variáveis, principalmente da vontade política das autoridades dos Estados-partes e de

seus nacionais à plena consolidação” e sustenta que tão somente a partir da “transposição das barreiras físicas e jurídicas que obstam a livre circulação será possível constituir o MERCOSUL em verdadeiro mercado comum.

Inspirado no modelo do bloco europeu, no intuito de estabelecimento de uma cidadania regional, que efetive os direitos criados para os cidadãos do bloco, a Decisão n.º 64/10 do Conselho do Mercado Comum do MERCOSUL, durante a presidência *pro tempore* brasileira de 2010, implementou o “plano de ação para a conformação progressiva de um estatuto de cidadania do Mercosul”, que tem como um de seus três objetivos gerais a “implementação de política de livre circulação de pessoas na região”. Referido plano tem como prazo de conclusão o aniversário de 30 anos do bloco, em 2021, quando o “Estatuto da Cidadania poderá ser transformado em um tratado internacional e incorporado nos respectivos ordenamentos jurídicos dos Estados Parte o conceito de “cidadão do MERCOSUL”. Até o momento, as iniciativas mais próximas de tal objetivo regional são o “Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul” e o “Acordo sobre Residência para nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile”, aprovados pela Decisão CMC n.º 28/02, anteriores ao referido plano de ação.

Ante a constante complexificação do fenômeno da mobilidade de pessoas nos cenários regional e mundial, e a ameaça dos processos de desintegração como uma consequência negativa da globalização, a partir do fechamento das nações em comunidades (BAUMAN, 1999, 2003 e 2008; TOURAINE, 2006) sustenta-se que, para que possa efetivamente promover o aperfeiçoamento da integração regional, o “Plano de Ação” para a elaboração de um Estatuto de Cidadania do MERCOSUL necessita ser realinhado aos parâmetros da recente “Declaração de New York para Refugiados e Migrantes”, firmada em 19 de setembro de 2016, na reunião da Assembleia Geral da ONU, em New York.

Referida declaração toma como fomento o nunca antes visto nível de mobilidade humana, no objetivo de fortalecer a contribuição dos migrantes para o crescimento inclusivo e desenvolvimento sustentável, reconhecidos na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e reafirmar os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, bem como da Declaração Universal dos Direitos Humanos a partir da adoção de um programa de políticas de proteção aos direitos humanos de todos os refugiados e migrantes, independentemente de seu status legal, por se tratarem todos de portadores de direitos.

Não obstante a ausência de medidas práticas, entende-se que tal documento constitui em uma importante chancela para a imposição do compromisso de criação de políticas de acolhimento de migrantes e refugiados mais adaptadas ao cenário atual e que tomem por pano de fundo a proteção aos direitos humanos, de modo que os Estados parte do MERCOSUL, enquanto membros da Organização das Nações Unidas, possam concretizar um plano de cidadania regional tomando como parâmetro o direito à mobilidade humana, independentemente de status jurídico da pessoa e, consequentemente, de vinculação nacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, a partir da assunção do compromisso subscrito na Declaração de New York pelos Estados parte do MERCOSUL, enquanto também membros da Organização das Nações Unidas, bem como do alinhamento do plano de ação para a criação de um Estatuto de Cidadania do bloco, o processo de integração do Mercado Comum do Sul poderá caminhar para vias de efetivação e perfectibilização da fase de mercado comum, bem como para o desenvolvimento de um modelo de cidadania regional alinhado à constante complexificação do fenômeno da mobilidade de pessoas nos cenários regional e mundial, que tome como paradigma a livre mobilidade de pessoas, desimportando o status legal e, conseqüentemente, a nacionalidade, desde que estejam sob proteção dos Estados signatários do Mercosul.

## REFERÊNCIAS

BARALDI, Camila Bibiana Freitas. **Migrações Internacionais, Direitos Humanos e Cidadania Sul-Americana: o prisma do Brasil e da Integração Sul-americana**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

\_\_\_\_\_. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

\_\_\_\_\_. **Medo líquido**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Mercosul e a livre circulação de pessoas**. São Paulo: LTr, 2000.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul: ameaças e oportunidades. *In: Direito em debate*. Ano X, n.º 16/17, jan./jun. 2002. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/769>>. Acesso em: 25 set. 2016.





KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Um projecto filosófico. Tradutor: Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. Disponível em: <[http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_immanuel\\_paz\\_perpetua.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2016.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito da Integração, direito comunitário, Mercosul e União Europeia**. Salvador: Jus PODIVM, 2011.

\_\_\_\_\_. O MERCOSUL na vida do cidadão. **Estatuto da cidadania**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/o-mercosul-na-vida-do-cidadao/estatuto-da-cidadania>>. Acesso em: 20 set. 2016.

PARLAMENTO EUROPEU. Fichas técnicas sobre a União Europeia. **Livre circulação de pessoas**. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU\\_2.1.3.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_2.1.3.html)>. Acesso em: 20 set. 2016.

RODAS, Francisco Cortés; RAMÍREZ, Felipe Piedrahíta. **De Westfalia a Cosmópolis**. Soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global. Medellín: Siglo del Hombre Editores / Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia, 2011

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução: Gentil Avelino Tilton. Petrópolis/RJ: Vozes, 2006.

## **TESTAMENTO VITAL COMO MEIO DE GARANTIA À MORTE DIGNA<sup>1</sup>**

*Diego Lemos Maciel<sup>2</sup>*

*Alexandra Tewes Dillmann<sup>3</sup>*

*Orientadora: Taciana Marconatto Damo Cervi*

### **RESUMO**

A presente pesquisa apresenta breves conceitos de testamento vital e dignidade humana e visa analisar a sua utilização como meio de garantir uma morte digna para pacientes acometidos por doença em fase terminal, bem como a garantia do respeito às declarações antecipadas da vontade do paciente no que se refere aos tratamentos médicos que deseja ou não ser submetido. Ao longo desta pesquisa são apresentadas as hipóteses para elaboração de um testamento vital, como, por exemplo, em situações de doença terminal, estado vegetativo e doenças crônicas e, por fim, os dispositivos legais que regulam o tema, previstos na Constituição Federal, no que se refere à autonomia privada, e na Resolução CFM nº 1.995/2012

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade humana; testamento vital; morte digna.

### **METODOLOGIA**

Este estudo foi desenvolvido através do método dedutivo com base em pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislação.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Entre os princípios fundamentais elencados na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada o princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro, visto que a partir do nascimento com vida toda pessoa necessita de condições mínimas que lhe garantam sua sobrevivência.

A Constituição Federal considera a vida um direito inviolável, o que traz a ideia de que ela se sobrepõe às outras garantias fundamentais. Contudo, cabe ressaltar que o direito à liberdade de consciência, também previsto na Constituição, está intimamente ligado com a autonomia da pessoa dispor de seu corpo conforme seus princípios e valores morais.

---

<sup>1</sup> Pesquisa desenvolvida para apresentação na IV Mostra de Trabalhos Científicos do Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em Direito (mestrado e doutorado) – URI Campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Graduando em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo. Graduando em Gestão de Recursos Humanos na Companhia Nacional de Escolas da Comunidade – CNEC IESA. Assessor da Coordenação Pedagógica Escola de Educação Básica da URI. E-mail: diegolm@santoangelo.uri.br

<sup>3</sup> Graduanda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santo Ângelo. E-mail: ale8p@hotmail.com

Diante da alta proteção jurídica e empenho médico em prolongar a vida a qualquer custo, levanta-se questionamento sobre os limites do prolongamento da vida e qual a utilidade para a pessoa acometida por doença terminal, pois somente o paciente tem legitimidade para decidir sobre seu estado de saúde.

No Brasil, juridicamente, o fim da vida recebe um tratamento meramente de cunho patrimonial, limitando-se a extinção da personalidade e regular a transmissão dos bens. Neste contexto, faz-se de suma relevância discussão no que diz respeito a morrer com dignidade, uma vez que devido ao constante avanço médico-científico, que vem aprimorando cada vez mais os tratamentos no sentido de adiar a morte, podem vir a comprometer a proteção à dignidade da pessoa humana. (SANTOS, s.n.t).

A falta de legislação no país que trate especificamente da temática abordada vem causando grande preocupação quanto à forma adequada de elaboração, aplicação, validade do testamento vital e mesmo a falta de segurança de que a vontade do paciente prevalecerá no momento de sua impossibilidade de decisão.

## **ANÁLISE E DESENVOLVIMENTO**

Devido à grande vulnerabilidade das pessoas durante a Segunda Guerra Mundial, período marcado pelas maiores barbáries contra os seres humanos na história da humanidade, em 1948 surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhecendo a dignidade como direito inerente a todo ser humano, devendo ser garantida a igualdade em direitos entre todos os homens. Farias compartilha a ideia de que dignidade humana poder ser entendida como condições básicas para manter sua existência digna em sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõem a sociedade para manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual (FARIAS, 2000, p. 63).

Com a promulgação, em 1988, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida como o princípio basilar do Estado Democrático brasileiro, visando proteger a pessoa de qualquer tipo de violação moral ou física (CASTRO, SANTOS, s.n.t). O direito à vida, como já referido, é protegido em nosso ordenamento jurídico, contudo, dado o momento em que não é mais possível viver com dignidade, torna-se fundamental que prevaleça a vontade do paciente, afim de o proteger também no momento de sua morte, fazendo com que seu sofrimento seja o mínimo possível.

Com o passar dos anos, o conceito de autonomia foi sendo aperfeiçoado conforme as transformações sociais, contudo, mantém seu fundamento de que o indivíduo detém o poder de estabelecer suas próprias regras de conduta e

não através de uma imposição externa. (RODRIGUES apud DADALTO, 2013, p.21)

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5<sup>a</sup>, inciso II, estabelece que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, possibilitando à todas as pessoas capazes de expressar sua vontade livre de qualquer tipo de coação.

Como meio de garantir a aplicação do princípio da autonomia da vontade, de que seja possível alcançar a dignidade humana em situações de doença terminal, estado vegetativo e doenças crônicas, surge o testamento vital, onde é possível declarar a forma como deseja ser tratado e limitar a intervenção médica para o prolongamento da vida. No testamento vital também é possível declarar se deseja alguma assistência religiosa e o que deseja que seja feito com seu corpo após sua morte (LIPPMANN, 2013).

Nas palavras de Francisco José Cahali, testamento vital:

“consiste na declaração da pessoa, promovida na plenitude de sua lucidez, com as diretrizes a serem adotadas em seu tratamento médico e assistência hospitalar, quando por causa de uma doença ou acidente não lhe seja mais possível expressar a vontade.

Ou seja, à pessoa caberá, por este instrumento, antecipar os limites das intervenções médicas a que será submetido, ao se encontrar em condições de saúde precária, portando mal incurável ou irreversível, ou com doenças graves, levando ao estágio terminal, e neste momento desprovido de capacidade para expressar a sua vontade.

Assim, a declaração representa um “consentimento informado”, com o qual se prevê os parâmetros de intervenção médica ao doente quando este não mais esteja com lucidez suficiente para expressar sua vontade e exercer os seus direitos” (CAHALI, 2010).

Ainda no pensamento de Cahali, o Testamento não se confunde com o Testamento Vital, pois:

“Se o testamento tem eficácia após a morte do outorgante, pois é esta a sua finalidade, o “testamento vital” só terá utilidade se sua eficácia for buscada previamente ao falecimento, pois a expectativa do declarante será de, através deste instrumento, ter preservada a sua “morte digna”, prestigiada a sua dignidade tal qual antes por ele mesmo projetado” (CAHALI, 2010).

A elaboração de um testamento vital é de extrema importância, uma vez que a atuação médica é no sentido de salvar vidas, independente da qualidade em que se encontre. Grande parte dos casos de terminalidade da vida se dão de forma lenta e dolorosa, contudo, existem outras doenças repentinas que levam a pessoa à perda da consciência e, conseqüentemente, a impossibilidade de manifestar sua vontade. Assim, entende-se que o testamento vital deve ser feito em momento de lucidez e ter conhecimento de possíveis tratamentos médicos e seus efeitos para que possa decidir os quais deseja ser submetido. (LIPPMANN, 2013).

O termo fútil é utilizado para tratamentos médicos que não seriam capazes de reverter o estado de saúde do paciente. Submeter o paciente com 1% de chances de sobreviver, ou realizar uma intervenção médica em um paciente em um quadro de morte iminente, por exemplo, é considerado um tratamento fútil, uma vez que a intervenção seria capaz somente de retardar sua morte por um curto período de tempo.

Cabe ressaltar que o testamento vital não se confunde com a eutanásia. Enquanto esta é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro e pode acontecer com a auxílio de terceiro ou por sua ação exclusiva, por outro viés, com o testamento vital busca-se apenas evitar o prolongamento da vida a todo custo, de modo que se possa humanizar o momento de sua morte (LIPPMANN, 2013).

No Brasil não há lei específica que regule o testamento vital, sendo, tão somente, reconhecido pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina e pelos dispositivos da Constituição Federal de 1988, que tratam da autonomia privada (CFM, 2012).

O Código de Ética Médica, em seu artigo 41 determina que a vontade expressa do paciente deve ser respeitada:

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Na elaboração do testamento vital é necessário que o paciente nomeie um testamenteiro vital, que será a pessoa responsável por tomar as decisões estabelecidas em seu testamento vital. Para que seja alcançada a validade jurídica deste documento é preciso que sejam observados os requisitos do art. 1.876 do Código Civil, constando as assinaturas do interessado e testemunhas ou que seja feito o registro em cartório. (LIPPMANN, 2013)

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com esta pesquisa percebe-se a grande importância de debater na sociedade e, principalmente, no âmbito jurídico e da saúde a utilização e regulamentação jurídica do testamento vital, uma vez que devido ao constante avanço médico-científico, empenhando-se em proteger a vida do paciente, coloca-se em risco a integridade da pessoa acometida por doença terminal, podendo, muitas vezes, violar a dignidade humana, princípio considerado a base do nosso ordenamento jurídico. Através do testamento vital, é possível que o paciente declare antecipadamente sua vontade, limitando a atuação médica sem que estes profissionais sejam responsabilizados juridicamente e, assim, garantindo uma morte digna.

## REFERÊNCIAS

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

CAHALI, Francisco José. **Entrevista ao Jornal do Notário**. Disponível em: <<http://blog.26notas.com.br/?p=1150>>. Acesso em 21.09.2016

CASTRO, A. G. F.; SANTOS, E. R. **O Princípio Fundamental Da Dignidade Da Pessoa Humana Como Elemento Estruturante Do Sistema De Direitos Fundamentais Na Constituição Brasileira De 1988 E O Direito Fundamental À Cultura**. S.n.t. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c74b7f78409a402>>. Acesso em 25.08.2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Diretivas antecipadas da vontade dos pacientes** – resolução 1.995/2012.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2013.

LIPPMANN, Ereneto. **Testamento Vital: o direito à dignidade**. São Paulo: Matrix, 2013

RODRIGUES, Renata de Lima; RÜGER, André. **Autonomia como princípio jurídico estrutural**. In: DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2013. P.21.

SANTOS, Thiago do Amaral. **Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna**. S.n.t

## **A PERSISTÊNCIA DA CULTURA COLONIZADORA SOBRE OS POVOS INDÍGENAS NA ATUALIDADE**

*Edemir Braga Dias<sup>1</sup>  
Rosângela Angelin<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

Desde a chegada dos europeus ao continente americano, a cultura europeia mostrou seu caráter homogeneizante, revelando faces de aculturação pelo discurso e pelo uso da força, utilizando-se do poder para tornar dóceis e utilizar os corpos dos povos indígenas, com o objetivo da conquista e exploração, sacrificando o modo de ser desses povos e, praticando genocídios e etnocídios. Através de uma abordagem hipotético dedutiva e de análise bibliográfica e constitucional, a pesquisa busca compreender o processo de aculturação dos povos indígenas no Brasil, analisando avanços e a manutenção do preconceito contra estes povos, ainda na atualidade. Assim, foi possível perceber que, mesmo com o passar dos tempos, os povos indígenas continuam sendo segregados pela sociedade e também pelo Estado, que não os protege suficientemente, contribuindo para a promoção da invisibilidade de tais povos que seguem sua busca pela terra, por reconhecimento de sua cultura e seu modo de ser.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colonização. Igreja. Povos indígenas. Cultura. Estado

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Apesar do reconhecido do caráter pluriétnico da sociedade brasileira, o olhar sobre os povos indígenas não se modificou muito em relação ao período colonial. Isso não quer dizer que não se evoluiu econômica e politicamente, mas sim que persistem ainda situações de menosprezo, indiferença, desrespeito e invisibilidade destas pessoas. Estes povos continuam sendo marginalizados e, com isso, prepondera o reconhecimento equivocado das culturas indígenas. Assim, este trabalho busca trazer algumas considerações acerca das condições dos povos indígenas no Brasil e das necessidades de

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Doutorado e Mestrado em Direito da URI, Campus Santo Ângelo-RS. Integrante do Projeto de Pesquisa “Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural”, do Programa acima mencionado. Graduado em Direito e em Pedagogia pela URI, Campus Santo Ângelo/RS. E-mail: ededias@ymail.com

<sup>2</sup> Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo-RS. Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Doutorado e Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS e da Graduação de Direito dessa Instituição. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural”, e o Projeto de Extensão “O lugar das Mulheres na Sociedade” e integra o Grupo de Pesquisa “Novos Direitos na Sociedade Globalizada”. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br

busca de alteridade nos processos de relações humanas entre as pessoas e com o próprio Estado.

## **METODOLOGIA**

O estudo em questão realiza-se a partir de um estudo hipotético dedutivo, buscando, através de fontes bibliográficas, elucidar o tema proposto.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Com a chegada dos europeus ao *Novo Mundo*, assim chamado o território colonizado para se contrapor ao *Velho Mundo* europeu, ocorre uma enorme transformação do modo de ser dos povos originários. Os colonizadores trazem consigo uma cultura diferente que se impacta com a forma de viver que encontram nesse *Novo Mundo*. Além disso, traziam o entendimento de que era necessário que todos os povos originários fossem *civilizados* através da cultura europeia, para que, não viessem a ser um entrave para a colonização e exploração pretendida e, pudessem, ainda trabalhar para os europeus.

Na atualidade, a valorização da vida e das culturas dos povos indígenas tem permeado as discussões acadêmicas deste século. Neste meio privilegia-se um olhar menos romântico e mais histórico e etnográfico dos povos nativos e, não apenas uma visão europocêntrica da história brasileira, visto que muitos historiadores desprezavam os aspectos *culturais* dos nativos, olhando somente a partir da cultura europeia e homogeneizante, a fim de se proporcionar um resgate identitário dos povos sobreviventes (CATAFESTO DE SOUZA, 2002).

Conseqüentemente, a partir do momento que se busca ter um novo olhar sobre a história do *descobrimento* e da *salvação/civilização* dos povos indígenas, considerando que houve mais exploração do que benefícios para os povos nativos, é que se torna possível desencadear um maior reconhecimento da cultura desses. No entanto, essa falta de reconhecimento, faz com que não seja construída uma identidade brasileira, visto que sempre que ao mencionar a descendência refere-se à portuguesa, espanhola ou outra europeia, esquecendo que também deve ser incluído a indígena. Esse é um problema inclusive de livros didáticos no Brasil, levando a minimizar o ato de genocídio e etnocídio dos povos indígenas<sup>3</sup>, fazendo com que a vida desses povos não seja vista a partir de uma visão pluralista como sinaliza a Constituição de 1988, mantendo-se um olhar integracionistas.

O caso dos povos indígenas na história do Brasil envolve a biopolítica, que, de forma geral, refere-se a um poder de controle sobre os corpos das pessoas e a população ao mesmo tempo, o que, segundo França e Zanetti,

---

<sup>3</sup> “[...] nossa historiografia recorda, de forma insuficiente, a formação do povo brasileiro, contentando-se em afirmar ser este povo fruto da junção de três raças: o índio, o branco e o negro. Processo igualitário, dizem os ideólogos oficiais, escondendo o fato de tratar-se de um processo que estabelece hierarquias, eliminando da memória coletiva nacional a importância fundamental da contribuição das plantas comestíveis e ervas medicinais, o uso e as técnicas de sua preparação [...]” (GADELHA, 1997, p. 29).



representa a forma como os governos tratam seus súditos.<sup>4</sup> Mesmo diante da ideia de conservação da vida biopolítica, as populações indígenas vivem em um cenário de tanatopolítica, ou seja, uma forma de relações sociais que não preserva vida, mas sim uma política da morte, tornando a morte necessária para preservar a vida: “[...] nunca se registraron guerras tan sangrentas ni genocídios tan extendidos como en los últimos dos siglos, es decir, em pleno auge de la biopolítica” (ESPOSITO, 2006, p. 64).

A história relata a retirada dos povos indígenas de suas terras e o extermínio que sofreram, tanto físico, quanto de espaço social. Quanto as Políticas Indígenas nacionais, Lewkowicz afirma que estas políticas estavam voltadas somente para uma parcela destes povos, ou seja, os que estariam mais civilizados. Aos demais foram criadas Reservas Indígenas para confinar os povos sem potencialidade para se incorporar na sociedade brasileira, em uma única terra, sendo destinados a permanecer nessas reservas e sob a condição jurídica da tutela (LEWKOWICZ, 2015, p. 03)

A falha do Estado em garantir os direitos dos povos indígenas e/ou efetivar os já existentes tem gerado muitos conflitos através de atitudes racistas e violência genocida. Destaca-se a recente morte do líder Guarani-kaiowá, no Mato Grosso, por latifundiários; também a morte do indígena Gaudino Jesus dos Santos da etnia *pataxó-hã-hã-hãe*, em Brasília, por jovens e o genocídio durante a ditadura militar, entre outros, demonstrando o projeto de um Estado que nunca protegeu as minorias, em especial os povos indígenas. Existe ainda um pensamento homogeneizante e colonialista, e mesmo sendo um país que possui uma legislação que reconhece a pluralidade existente em seu território, ainda são muitos os problemas enfrentados pelos indígenas.

Muito embora a Constituição tenha reservado capítulo próprio para os povos indígenas no capítulo VIII, e apregoado no artigo 231 que: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à união demarcá-las proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988), muito ainda deve ser feito para que haja eficácia e regulamentação do acima mencionado. A Constituição Federal de 1988, em seu texto concedeu nova interpretação aos povos indígenas, pois retirou o instituto da tutela e pressupostos integracionistas que se faziam presentes no Estatuto do índio de 1973. Ainda reconheceu a capacidade processual dos povos indígenas para que pudessem defender seus direitos, reservando ao “[...] ao Ministério Público o dever de garanti-los e de intervir em todos os processos

---

<sup>4</sup> “No momento em que o homem como animal vivente adquire uma existência política, e a vida biológica se converte em objeto de governo, ele se apresenta para a cena pública com base em sua inserção biológica, e a população emerge como o conjunto de elementos (físicos, demográficos, coisas e homens) em que será possível assinalar as constâncias e as regularidades que lhe são próprias. Por conseguinte, a população é, por um lado, a espécie humana – o bios – e, por outro, o público, ou seja, a “biopolítica”. A população é essa extensão que transita do marco biológico da espécie até essa superfície de inscrição denominada pública. Assim, o problema político moderno é a população como objeto tecnopolítico de governo, quer dizer, um nível de realidade aberto às intervenções das novas tecnologias de poder (FRANÇA; ZANETTI, 2014, p. 822).

judiciais que digam respeito a tais direitos e interesses, fixando, por fim, a competência da Justiça Federal para julgar as disputas sobre direitos indígenas (ARAÚJO; LEITÃO, 2002, p. 23).

Legislativamente, é possível apontar também os avanços do Código Civil de 2003, que eliminou a menção à relativa capacidade dos índios, existente no antigo Código Civil de 1916. O Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo 143, em 2002, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais de 1989, implicando a aceitação do conceito de povos indígenas pelo governo brasileiro. Porém, tramitam no Congresso também Projetos que podem afetar negativamente ainda mais os povos indígenas do Brasil. Em 2000, foi apresentado no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 215, que visa retirar do poder executivo a atribuição de demarcar as terras indígenas, passando a ser esta uma responsabilidade do Congresso Nacional. De acordo com entidades ligadas aos indígenas, a aprovação da PEC 215 beneficiaria somente os ruralistas. Além da PEC, outros projetos de lei visam modificar e/ou retirar direitos dos povos indígenas, principalmente no que se refere ao reconhecimento do *marco temporal*, como sendo a Constituição de 1988 (CIMI, 2015).

Por conseguinte é possível afirmar que, atualmente, mesmo diante de uma legislação que preconize a pluralidade do Estado brasileiro, ainda muito preciso ser feito para mudar o pensamento colonialista que perpassa a sociedade e assim as culturas dos povos indígenas sejam vistas pela sua riqueza e imensa possibilidade de colaborar para um mundo melhor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colonização europeia em território brasileiro oprimiu e derramou muito sangue de povos originários em nome do interesse europeu e do interesse desenvolvimentista. O que ocorreu foi um genocídio e um etnocídio frente a inúmeras culturas diferentes que habitavam originariamente este território, ressaltando o poder da vida nas mãos dos europeus, a serviço da morte dos povos indígenas. Passaram-se mais de quinhentos anos de e o projeto de morte dos povos nativos, através da colonização/*civilização*/ cristianização implantado pelos europeus brancos, segue de uma forma mais velada, mas segue presente quando se menospreza estes povos indígenas em detrimento de interesses do agronegócio, de latifundiários, em nome do desenvolvimento econômico que destrói a vida e a esperança da existência de um futuro para os descendentes desses povos. Tudo isso ocorre sob os olhos do Estado e sendo avalizado por este.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sergio. **Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988**. Disponível em: <<http://laced.etc.br/site/arquivos/02-Alemda-tutela.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2016.



BRASIL, FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Palácio do Planalto. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-.htm)>. Acesso em: 19 set. 2014.

CATAFESTO DE SOUZA, José Otavio. **O sistema econômico nas sociedades indígenas Guarani pré-coloniais**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v8n18/19063.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

CIMI, PEC 215. **Ameaça aos Direitos dos Povos Indígenas, Quilombolas e Meio Ambiente** cartilha 2 edição-atualizada Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pec2015/cartilha.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

ESPOSITO, Roberto. *Bíos. Biopolítica y filosofía*. 1 ed. – Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

FRANÇA, Sonia Aparecida Moreira; ZANETTI, Fernando Luiz. **O Estado, a política liberal e a biopolítica**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/fractal/v26n3/0104-8023-fractal-26-03-0817.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

GADELHA, Maria Regina d'Aquino Fonseca. **O impacto da evangelização: elementos para uma análise comparativa da colonização espanhola e portuguesa**. *In*. Anais do décimo primeiro simpósio nacional de estudos missionários: Missões: a questão indígena. UNIJUI. Santa Rosa: Centro de Estudos Missionários: ed. UNIJUÍ, 1997.

LEWKOWICZ, Rita Becker, Ponencia do IV Congreso Latinoamericano de Antropología. **Entre a aldeia e o hospital: biopoder e políticas interculturais a partir de um parto Mbyá-Guarani**. 2015 Disponível em: <<http://docplayer.com.br/8790908-Mesa-7-biopolitica-y-necropolitca-titulo-autoria-pertenencia-institucional-introducao.html>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

## **CONTORNOS SOBRE A INJUSTIÇA AMBIENTAL E A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA<sup>1</sup>**

*Eduarda Perin<sup>2</sup>*

*Suyan Pabline Almeida Siqueira<sup>3</sup>*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida*

### **RESUMO**

A questão ambiental está inclusa cotidianamente na vida de todo o indivíduo, pois necessita de recursos naturais em qualquer situação. O que provoca indagações é o fato de determinados seres humanos e grupos sociais – principalmente em grandes centros aglomerados – sofrerem injustiças. Isso se dá em razão de conviverem mais proximamente com poluição. Essa exposição acaba por fazer com que esses grupos tenham muitos direitos violados. Ficando evidente a vulnerabilidade de determinados grupos sociais, questiona-se a relação entre a injustiça ambiental e a violação dos direitos fundamentais, percebendo-se a profunda associação das condições ambientais com a dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça ambiental - Vulnerabilidade social - Dignidade da pessoa humana.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A partir de 1960 começou a se questionar sobre a crise ecológica aos arredores do mundo, frente à uma problemática da falta de soluções ambientais implementadas por parte do Estado. No Brasil, em meados da década de 70, passando pelo período militar, restou dificultada a propagação dos movimentos ambientais, que ganharam força após a Declaração de Estocolmo, de 1972, e a Constituição Federal de 1988. Estes movimentos estão presentes até hoje, pois, são de fundamental importância, comparados a uma luz no fim do túnel.

Nos últimos, foi possível notar que estão acontecendo eventos catastróficos envolvendo os recursos naturais em consequência do

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido no decorrer do Projeto de Pesquisa intitulada “Estado Socioambiental e Democrático de Direito” e do Projeto de Extensão “A Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana”, coordenados pela Profa. Me. Luana Maíra Moura de Almeida, do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo. Programa Institucional de Iniciação Científica (PIIC/URI).

<sup>2</sup> Graduanda do 2º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS, pesquisadora bolsista do Projeto de Pesquisa “Estado Socioambiental e Democrático de Direito”. E-mail: periniduda24@gmail.com

<sup>3</sup> Graduanda do 6º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS, pesquisadora bolsista do Projeto de Extensão “A Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana”. E-mail: bine\_suyan@hotmail.com

desenvolvimento acelerado, das novas tecnologias, dos agrotóxicos, do aumento da população, etc. Em decorrência disso, pessoas com menor poder aquisitivo, que por vezes geram menos danos à natureza estão expostas diariamente à poluição, até mesmo em suas próprias residências, caracterizando uma verdadeira vulnerabilidade social que afronta diretamente os contornos da dignidade desses indivíduos.

## **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada foi baseada principalmente na leitura de livros específicos da área ambiental, além de visitas a determinados locais em que se comuniquem diretamente com a questão ambiental da cidade, como questões sociais.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

No Direito é bastante comum a utilização da palavra justiça, buscando, através da lei, a verdade e o equilíbrio, determinando direitos e deveres a todos os cidadãos. Estes direitos caracterizam-se por atenderem às necessidades básicas da pessoa humana, tais como saúde, alimentação, moradia, até mesmo um meio ambiente sadio e equilibrado. Já os deveres remetem à solidariedade e cooperação entre os indivíduos para o bem-estar da coletividade.

O Brasil possui uma realidade em que impera a desigualdade. Assim, diante da desproporcionalidade de riquezas é possível perceber algumas vulnerabilidades: classes menos desenvolvidas, desprovidas de um mínimo existencial, seja social ou ecológico, demonstrando considerável injustiça com determinados grupos. O termo utilizado é injustiça, porque são assegurados a todos perante a Constituição condições básicas de sobrevivência e não seria justo que uma determinada população passe miséria e não desfrute de condições de dignidade.

A situação se agrava na questão de *justiça ambiental*, pois a minoria com grande poder aquisitivo gera uma fonte inesgotável de poluição e as classes pobres recebem seus efeitos cotidianamente: Por outro lado, em virtude de não possuírem condições financeiras favoráveis desfrutam de uma vida precária, precisando morar em terrenos mais baratos, perto de aterros, sem saneamento básico, em que correm sérios riscos, refletindo assim, uma violação de direitos como a vida e a saúde.

Nesse sentido, sabe-se que

[...] a sujeição de indivíduos e grupos sociais necessitados aos efeitos negativos da degradação ambiental agrava ainda mais a vulnerabilidade das suas condições existenciais, submetendo-as a um quadro ainda mais grave de indignidade, inclusive de modo a enquadrá-las na situação jurídica de ou mesmo *refugiados ambientais* (SARLET; MACHADO; FENSTERSEIFER, 2015, p. 103).

Essa reflexão teve início nos Estados Unidos, em que se observou que a população que habitava arredores de aterros eram pessoas com baixo poder aquisitivo e que inúmeras vezes eram negras, determinando assim um *racismo ambiental* (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 104).

Determinados grupos da sociedade, considerados mais vulneráveis pelo seu baixo poder aquisitivo, são os que mais sofrem com a discriminação, tanto em questão ambiental quanto social. Dessa forma, a crise ecológica pode ser fator agravante das condições das classes de baixa renda, sujeitas a viver em péssimas qualidades ambientais.

Contraopondo-se à essa situação, as classes sociais mais privilegiadas conseguem minimizar a sua exposição a determinados riscos. Ao contrário das populações mais carentes, moram distantes de centros industrializados, de rios e córregos poluídos, de barrancos e de áreas com frequentes enchentes.

Entretanto, os países e as populações que mais sofrem as consequências ambientais são aquelas que menos consomem. Podemos citar a questão do aquecimento global, em que mesmo os países pobres contribuindo de forma pouco significativa com a problemática, são eles os que mais sofrerão os resultados das mudanças climáticas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 102).

Na Teoria da Sociedade de Risco, proposta por Beck, fica evidente essas considerações.

Ele refere que determinados grupos sociais, em razão de seu baixo poder aquisitivo, encontram-se mais vulneráveis a certos aspectos da degradação ambiental, em que pese também existir, de certa forma, uma dimensão "democrática" da degradação ou poluição ambiental, que atinge a todos de forma igual (como por exemplo, a poluição atmosférica, o aquecimento global etc.) (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 101).

Os grupos mais carentes e vulneráveis da sociedade à situação ambiental são os mesmos que arcarão com os futuros impactos e prejuízos da degradação. No entanto, esse é um fator que pode contribuir ainda mais para a sua exclusão social. Sem que ocorra a defesa dos direitos ambientais e a luta para a efetivação dos direitos sociais comuns a todos os cidadãos, não será possível garantir uma vida plenamente digna a essas pessoas.

A dignidade da pessoa humana, princípio previsto na Constituição Federal brasileira, só será concretizada no momento em que todas as pessoas, inclusive as mais carentes, tiverem os seus direitos ambientais e sociais respeitados, diferente do que ocorre atualmente, em que há uma dupla violação desses direitos.

Deste modo, importa reconhecer que

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana amplia o seu conteúdo e espectro de proteção para assegurar um padrão de qualidade, equilíbrio e segurança ambiental que vai além da garantia da existência ou sobrevivência biológica [...]. O reconhecimento de uma dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana se dá em razão do reconhecimento de que a proteção e promoção do meio

ambiente são também exigências da própria dignidade do ser humano e de que este tem deveres para com a vida (natureza) não humana, mitigando-se o antropocentrismo característico do constitucionalismo precedente (SARLET; MACHADO; FENSTERSEIFER, 2015, p. 103).

Deve-se considerar a presença de um “mínimo existencial socioambiental”, que são medidas para garantir a mínima qualidade de vida e ambiental dos indivíduos. Referente a todos os demais direitos, o mínimo existencial se caracteriza pelo exercício da cidadania, pois a miséria e a pobreza, juntamente com a degradação ambiental, são fatores que violam a existência digna (SARLET; FENSTERSEIFER *in* SARLET [Org.], 2010, p. 31).

A dignidade da pessoa humana está sendo violada em diversos aspectos do nosso dia a dia. No que se refere ao meio ambiente, este desrespeito está cada vez mais presente e é facilmente identificável. Nos grandes centros urbanos, as populações carentes estão cada vez mais excluídas.

Essa situação é preocupante, porque estando associados, não há como promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado sem haver a promoção dos direitos sociais. Violados amplamente, como na falta de saneamento básico, de moradia adequada, de saúde e educação de qualidade, fica cada vez mais difícil de exercer não só a cidadania, mas de viver em um uma natureza equilibrada.

De tal forma, é extremamente necessário que os países industrializados cresçam e se desenvolvam preocupados não apenas com a questão econômica, mas com a desigualdade que assola os países mais carentes, visando conter a vulnerabilidade mundial.

O artigo 225 da Constituição Federal ressalva que todos nós temos direito a uma natureza equilibrada, pois é um “[...] bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, fica evidente o princípio da solidariedade e da equidade entre as gerações atuais e futuras, a fim de preservar o meio ambiente para que as próximas gerações possam usufruir dos bens naturais. Essa responsabilidade, contudo, não é apenas para com as gerações futuras, mas também entre as gerações que atualmente habitam o planeta. Isso é de extrema importância para garantir o direito ecológico, não só fundamental para a existência da espécie humana, como também essencial no que se refere à dignidade da pessoa. Necessário “[...] impor a conjunção de esforços entre o Estado e a sociedade para promover a tutela ecológica, demarcando responsabilidades compartilhadas entre ambos” (SARLET; MACHADO; FENSTERSEIFER, 2015, p. 103).

Contudo, ainda fica evidente que as populações mais pobres estão arcando com o prejuízo dos mais ricos e desenvolvidos. Necessário que sejam refletida essas questões para que seja garantido o direito à natureza sadia para

todos os cidadãos e cidadãs, pois a crise ecológica também pode acarretar a discriminação nas relações sociais.

A concretização de um ambiente ecologicamente equilibrado é um direito comum a todos os indivíduos, pois é condição essencial para o desenvolvimento humano. Os problemas ecológicos enfrentados atualmente possuem uma profunda ligação com as comunidades que enfrentam más condições de vida. Ignorar essa relação é acentuar ainda mais o seu quadro de desigualdade social e indignidade.

Neste ponto, ganha relevância o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais, delineado no Princípio 5 da Declaração de Estocolmo, que prevê o seguinte: "Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização" (ONU, 1972). Sob o mesmo prisma, o Princípio 3 da ECO/92, Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Humano realizada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, afere que "O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras" (ONU, 1992).

Assim, os países além de se preocuparem com o desenvolvimento e crescimento econômico, devem combater a pobreza e a miséria, aliando o mínimo existencial às questões ambientais. Para ocorrer de fato uma completa preservação do meio ambiente, devem ser efetivadas políticas sociais que visam melhorar as condições de vida das pessoas mais carentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho concentrou-se em abordar os contornos sobre a injustiça ambiental e a violação da dignidade da pessoa humana. Para isso, foi abordada a questão da justiça ambiental e como ela interfere na vida da população carente, pois esta se encontra vulnerável e tem os seus direitos sociais violados amplamente, juntamente no que se refere à temática ambiental.

Portanto, fica claro que sem políticas públicas adequadas que visam à preservação dos recursos naturais também não há possibilidade de efetivar muitos dos direitos individuais e sociais, nem de realizar a plena dignidade da pessoa humanada, já que são fatores que se complementam, afinal, não é possível imaginar vida digna e saudável sem uma ambiente ecologicamente equilibrado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 21 de set. 2016.





SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Afonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e Legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental: Introdução, Fundamentos e Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ONU. **Declaração da Conferência da ONU no Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, Suécia: 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 28 de set. de 2016.

ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro, Brasil: 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 28 de set. de 2016.

## **COMPORTAMENTO DO JULGADOR DIANTE DOS CONCEITOS DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA INCORPORADOS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

*Eduardo Matheus Pinto de Oliveira<sup>1</sup>  
Rossana Birck de Menezes<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho trata da teoria da decidibilidade formulada por Ronald Dworkin. O objetivo principal da pesquisa é abordar a formação da decisão judicial, e avaliar a expectativa do comportamento do julgador na adoção da integridade e coerência trazidas pelo novo Código de Processo Civil, em seu artigo 926. Questiona-se se essa inovação legislativa terá reflexo nas decisões judiciais? A pesquisa justifica-se, principalmente, em razão dos impactos sociais produzidos por comandos sentenciais. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo nas construções teóricas a serem realizadas no decorrer do trabalho. Em metodologia de procedimento adota-se a pesquisa epistemológica. O trabalho desenvolve-se sob um caráter doutrinário, do tipo bibliográfico. Com resultado do trabalho, aponta-se a teoria de Ronald Dworkin como forte estrutura para uma nova ordem jurídica, com fundamentos na coerência e na integridade interpretativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Coerência; Integridade; Novo Código de Processo Civil; Teoria da Decidibilidade.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

As teorias jurídicas foram amplamente desenvolvidas a partir de correntes positivistas, pelas quais, em suma, o direito é ditado pela lei, ou seja, a norma jurídica corresponde a uma fórmula a ser aplicada no caso concreto. Todavia, este método mecanicista, face à complexidade social, não tem sido suficiente para garantir a tutela jurisdicional. Diante da ineficiência da estrutura normativa e da inércia do poder executivo em garantir direitos e organizar a sociedade, as demandas chegaram ao judiciário.

Neste cenário, o judiciário assumiu o papel de tutela das relações sociais e suas decisões ganham ainda mais repercussão por atingirem a sociedade em questões sensíveis e complexas. O trabalho tem como objetivo

- 
- 1 Especialista em Direito Civil pelo Instituto Anhanguera (2014). Graduado em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (2012). Advogado. Endereço eletrônico: eduardompdeoliveira@gmail.com
  - 2 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Orientador: Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2013). Membro da equipe técnica de revisão e editoração da Revista Eletrônica do curso de Direito da UFSM (2016), Qualis B1. Advogada. Juíza Leiga, atuante no Juizado Especial Cível da Comarca de Santo Cristo/RS. Endereço eletrônico: rossanabirck@gmail.com

principal o estudo da nova construção motivacional das decisões judiciais trazida pelo novo Código de Processo Civil. Como problema, questiona-se se a inovação do artigo 929, do CPC/2015, em que é provocada a decisão coerente e íntegra, pode refletir no modo de decidir dos profissionais do judiciário?

No desenvolvimento do trabalho, a determinação de conceitos e assuntos tem natureza descritiva, cujas informações serão coletadas principalmente de doutrinas, de artigos científicos e da legislação em vigor. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo nas construções teóricas a serem realizadas no decorrer do trabalho. Em metodologia de procedimento adota-se a pesquisa epistemológica, a fim de analisar os fundamentos do direito e obter um maior entendimento do assunto.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

É pertinente iniciar o estudo com o ensinamento de António Castanheira Neves em que menciona que a estrutura organiza e permite o funcionamento, mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta. O autor explica que a análise da problemática passa pela diferença dos problemas estruturais ou externos dos problemas intencionais ou internos. Os primeiros tratam-se de problemas diretamente político-constitucionais, relativos ao poder, à organização e ao modo desse exercício, mas não referem a intencionalidade material da própria jurisdição como jurisdição e sentido que ela assume e realiza, que são atribuições dos problemas intencionais ou internos (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 02/03).

Apenas os problemas intencionais ou internos tocam a essência, não a forma. Não obstante, a correta ou adequada solução é correlata ao regular funcionamento dos primeiros problemas.

Segundo António Castanheira Neves, hoje se verifica a reafirmação de direitos fundamentais, como projeção dos direitos dos homens, antes e acima da lei, em todas as constituições contemporâneas e no pensamento jurídico em geral. Não é já a lei a dar validade jurídica a direitos, enquanto direitos subjetivos, são os direitos, os reconhecidos como fundamentais, a imporem-se à lei e a condicionarem a sua validade jurídica (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 5).

O sistema tradicional legalista normativista, que opera unicamente no plano de uma racionalidade lógico-abstrata, reveste o normativo legal de uma subsistência atemporal a que unicamente um ator exterior, por ato de revogação formal, pode por fim. Diferentemente, admite-se que a norma seja seu objeto modificado e se permita corrigir em conformidade, trata-se da juridicidade da norma que se altera, neste caso, decide-se contra a lei e segundo o direito (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 9).

A observância de elementos normativos translegais e transpositivos, a partir do sistema normativo histórico, importa na manifestação do sentido axiológico-normativo e na aquisição de conteúdo intencional, nos seus valores, princípios e critérios normativos decisivos. À jurisdição não cumpre apenas uma estrita aplicação da lei, trata-se de uma atividade juridicamente criadora,

cuja situação evolutiva nas sociedades modernas é considerado irreversível (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 10).

Lênio Luiz Streck defende que para superar o positivismo é preciso superar também aquilo que o sustenta, o que seja, o primado epistemológico da subjetividade assujeitadora e o solipsismo teórico da filosofia da consciência. Na sequência, apresenta a hermenêutica como uma teoria adequada de libertação das amarras do sujeito (STRECK, 2013, p. 105).

Para o filósofo Ronald Dworkin, interpreta-se a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento, em que o julgador descobre e inventa o direito. As afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro (DWORKIN, 2014, p. 272). O direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporânea assim o determine. Não pretende recuperar os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em sua história geral: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2014, p. 274).

Diferentemente dos legisladores, os juízes devem motivar suas decisões com base em princípios, não em política. Para o exercício da interpretação, Dworkin sugere que o jurista torne a lei coerente como um todo, superando a ramificação do Direito. Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade (DWORKIN, 2014, p. 287).

Neste sentido, Lênio Luiz Streck faz uma ressalva importante, de que o caráter normativo dos princípios, que é reivindicado no horizonte das teorias pós-positivistas, não pode ser encarado como um alibi para a discricionariedade, e se voltaria ao problema não resolvido pelo positivismo. O autor defende que para se concretizar os direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente sejam estabelecidos padrões hermenêuticos de controle da interpretação constitucional, garantia ao respeito à integridade e à coerência do direito, tratar a fundamentação das decisões como um dever do juiz e garantir a adequação constitucional (STRECK, 2013, p. 106/107).

Para Ronald Dworkin, deve-se admitir que, ao preferir uma interpretação a outra, está-se desenvolvendo uma concepção aplicável do direito em uma direção. Esta deve parecer ao julgador a direção correta em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma atração atraente no caso presente (DWORKIN, 2014, p. 308).

O novo Código de Processo Civil trouxe em seu artigo 926, CPC/2015, a ordem de que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Este dispositivo remete aos conceitos desenvolvidos pelo filósofo Ronald Dworkin, o que demonstra um grande passo da jurisdição nacional, que se corretamente interpretado o aplicado repercutirá favoravelmente à sociedade democrática.

Considerando que os fundamentos do direito estão na integridade, não há nenhuma maneira diversa de resolução de determinado caso, para Dworkin. O autor trata a integridade como um ideal político por desejar que a comunidade política seja uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objeto princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar (DWORKIN, 2014, p. 255).

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social, mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste em mobilizar e discutir essas proposições (DWORKIN, 2014, p. 17).

Necessário é que o direito se compreenda no seu sentido autêntico, não mero imperativo de poder, não simples meio técnico de quaisquer estratégias, mas validade em que a axiologia e a responsabilidade do homem se manifestam (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 43).

Para se assumir e realizar esse direito, é indispensável que o juiz assuma uma responsabilidade ética de projeção comunitária. Negar-se como simples burocrata legitimante, como servidor passivo de qualquer legislador. É necessário que assuma uma dimensão espiritual, e responsabilizar-se por ela, aquela mesma dimensão espiritual que radicalmente constitui o direito como a expressão humana da coexistência e da convivência comunitária (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 43/44).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito consiste em uma ciência que preserva suas conquistas e ditames passados, quando respeita a lei, mas também programa o futuro, na busca pela melhor e acertada resolução de um caso concreto sem que gere injustiças. Vê-se a sistemática de interpretação integrativa e de coerência desenvolvida por Ronald Dworkin como a que mais protege aos anseios sociais e aos conceitos de justiça. Os conceitos trazidos pelo novo Código de Processo Civil, em seu artigo 926, que tem como referencial teórico a teoria abordada, sinalizam a busca pela resposta adequada, a ser produzida pelo judiciário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 25 set. 2016.



CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 74, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

## **OS PROCEDIMENTOS DE CONTROLE E EXCLUSÃO NO DISCURSO E OS MECANISMOS DE CONTROLE E OS PROCEDIMENTOS DE IMPOSIÇÃO DE REGRAS AOS SUJEITOS DO DISCURSO PELA ÓTIMA DE MICHEL FOUCAULT**

*Eduardo Matheus Pinto de Oliveira<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O tema abordado no presente trabalho consiste em estudo da obra de Michel Foucault intitulada a Ordem do Discurso, buscando compreender os significados dos procedimentos internos e externos de controle do discurso. A pesquisa justifica-se por tratar de temática atual e de interesse social. O pensar sobre as questões atinentes ao discurso e sua carga de significação no mundo contemporâneo. O objetivo principal do trabalho é pautado em analisar e compreender as questões relativas ao discurso, na ótica de Foucault. Como problema, questiona-se se qual a teoria do discurso de Foucault? Em metodologia de abordagem adota-se sistêmico-complexo, a fim de analisar os fundamentos da matéria e obter maior entendimento da interdisciplinariedade que envolve os fenômenos estudados. O método de procedimento é o bibliográfico, com ênfase na doutrina. Como resultado da pesquisa, aponta-se que a obra de Foucault apresenta procedimentos internos e externos de controle do discurso, além de mecanismos do próprio discurso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle; Discurso; Michel Foucault.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho estuda a obra “A Ordem do Discurso” de Foucault, O desenvolvimento do trabalho parte da leitura e abordagem do discurso apresentado pelo autor. A pesquisa mostra-se salutar para a compreensão e continuidade do estudo da obra do autor, visando acrescentar conteúdo de pesquisa sobre o tema.

O objetivo principal desta pesquisa consiste no estudo da obra do autor, analisando a teoria do autor. De modo secundário, analisa-se o contexto histórico e social em que o autor estava inserido no momento de confecção da obra. Como problema para o desenvolvimento do trabalho, questiona-se Qual a ideia apresentada pelo autor na obra analisada?

Em metodologia de abordagem adota-se sistêmico-complexo, a fim de analisar os fundamentos da matéria e obter maior entendimento da interdisciplinariedade que envolve os fenômenos estudados. Para o

---

1 Especialista em Direito Civil pelo Instituto Anhanguera (2014). Graduado em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (2012). Advogado. Endereço eletrônico: eduardompdeoliveira@gmail.com.

desenvolvimento do trabalho, a determinação de conceitos e assuntos introdutórios têm natureza descritiva, cujas informações serão coletadas diretamente da obra do autor e estudos relacionados. Utiliza-se o método de procedimento bibliográfico nas construções teóricas a realizadas no decorrer do trabalho.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A obra intitulada “A ordem do discurso” é o substrato da aula inaugural de Michel Foucault no Collège de France, apresentada originalmente em 1970. O autor inaugura o discurso mencionando inquietação diante do que é o discurso em sua realidade material de coisa pronunciada ou escrita. Fecha a inauguração questionando “O que há, enfim, de tão perigoso no fato de as pessoas falarem e de seus discursos proliferarem indefinidamente? Onde, afinal, está o perigo?” (FOUCAULT, 1999, p. 8).

O autor continua sua hipótese supondo que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que tem por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade. Na sequência o autor começa a tratar dos mecanismos de exclusão, especialmente dos que se manifestam do exterior (FOUCAULT, 1999, p. 09-10).

O poder sobre o discurso é visto em diferentes áreas do conhecimento. Como exemplo, cita-se a dominação da palavra no tratamento da crise ambiental global. Esta abordagem é feita por Phillippe Pomier Layrargues em que menciona que o foco ao meio ambiente propôs a ilusão de que a humanidade como um todo é tanto agente deflagrador da crise ambiental, como sua vítima. Essa estratégia prioriza a visibilidade da pauta dos problemas globais e futuros em detrimento dos problemas ambientais locais e presentes. Os problemas globais e futuros de fato podem ameaçar amanhã a humanidade como um todo, mas são os problemas ambientais locais e atuais que ameaçam hoje determinados sujeitos (LAYRARGUES, 2003, p. 44).

Elevar a condição da humanidade como espécie biológica o causador e vítima da crise ambiental reflete incontestavelmente a estratégia inicial do apagamento das diferenças, o nivelamento de interesses, o apaziguamento dos conflitos. As forças sociais dominantes, com discurso fundamentado na apropriação ideológica, alçaram êxito no impedimento da manifestação da diversidade interna ameaçadora, preservando não a natureza, mas a ordem social instituída (LAYRARGUES, 2003, p. 45-46).

Para Foucault, os mecanismos de controle externo, que seriam a Interdição, a segregação e a vontade de verdade, parte do discurso que põem em jogo o poder e o desejo. Nas palavras do autor “Três grandes sistemas de exclusão que atingem o discurso, a palavra proibida, a segregação da loucura e a vontade de verdade” (FOUCAULT, 1999, p. 19).



Dessa forma, a interdição seria o mais evidente e mais familiar desse mecanismos de interdição (FOUCAULT, 1999, p. 09). Nas palavras de Rogério Fae, a interdição para Foucault apresenta três fases distintas, quais sejam:

A primeira é a proibição, que inibe o aparecimento sob pena de supressão, jogando com a alternativa entre duas inexistências. A *segunda é a censura*, onde a interdição toma três formas: afirmar que não é permitido, impedir que se diga e negar que exista, ligando o inexistente, o ilícito e o in formulável e tornando-os a cada um, princípio e efeito do outro [...] A terceira é a unidade do dispositivo, onde o poder atravessa os vários níveis, regulando-os de alto a baixo. (FAÉ, 2004, [s.p.]).

O tabu do objeto atingiria especialmente questões relacionadas a sexualidade e da política. Basicamente, não se pode falar sobre o objeto. Já a vontade da verdade, é demonstrada pela ligação do discurso com as vontades do poder dominante, explícitas especialmente na relação da literatura ocidental com a necessidade de se atrelar ao que é a verdade (FOUCAULT, 1999, p.10).

Já os mecanismos de controle interno seriam procedimentos, exercidos pelo próprio discurso. Tem, principalmente, a função de classificar ordenar e distribuir o discurso. Dessa forma, seria o comentário o primeiro desses mecanismos, complementado pelo segundo princípio rareador, o Autor. Na visão de Foucault não é aquele que primeiro escreveu ou tratou do assunto. O autor para Foucault é visto como um princípio de agrupamento de significações (FOUCAULT, 1999, p.26). O terceiro mecanismo de controle interno ao discurso seria a limitação de qual campo do saber científico faz parte o discurso. Dessa forma, a limitação pela inclusão do discurso a uma disciplina, respeitando obrigatoriamente os requisitos requeridos pela disciplina (FOUCAULT, 1999, p. 32).

O comentário, tem o condão duplo de, por um lado reafirmar o que foi dito no discurso primeiro, por outro lado, abre a possibilidade de dizer aquilo que foi articulado silenciosamente no discurso primeiro (FAÉ, 2004, [s.p.]).

Michel Foucault define ainda um terceiro grupo de controle do discurso. Esse terceiro grupo de procedimentos de controle não diria respeito ao poder dominado pelo discurso ou ao seu objeto. São limitações impostas aos interlocutores do discurso, desse modo, não são todos os que podem ter acesso ao discurso. Ou seja, é necessário que o interlocutor do discurso tenha qualificação para se apoderar da fala (FOUCAULT, 1999, p. 36-38).

São os processos de controle do discurso. O Ritual, visto como a forma mais visível e simples dessas restrições. O ritual é visto como a qualificação do interlocutor, a forma como devem ser expressos seus enunciados. A segunda forma desse terceiro grupo de restrições seria o que o autor chama de "sociedades de discursos", sociedades fechadas voltada para construir e distribuir, dentro dessas sociedades, sob regras restritas, o conhecimento produzido e acumulado por elas. A terceira forma de controlar o discurso apresentada pelo autor é a doutrina. Nas palavras do autor, a doutrina é o oposto de uma sociedade de discursos. A doutrina (religiosa, política ou

filosófica) é a aceitação pelo grupo de indivíduos das mesmas verdades e discursos (FOUCAULT, 1999, p.42).

Segundo o autor, a doutrina liga os indivíduos a certos tipos de enunciados, essenciais para a doutrina, enquanto proíbem a aproximação com doutrinas diversas. A última forma de controle do discurso apresentada pelo autor, consiste no que ele denomina de Apropriação Social dos discursos. A apropriação social dos discursos seria vista especialmente pela questão da educação. Assim, nas palavras de Foucault, “todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que eles trazem consigo” (FOUCAULT, 1999, p. 43-44).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As análises de Michel Foucault, por mais que lecionadas no século passado, continuam atuais. A análise do discurso, de sua forma e de seus delimitadores, deve ser estudada para possibilitar a compreensão do discurso. Seus procedimentos internos, externos e intrínsecos ao discurso. Compreender que o discurso está inserido em um contexto é essencial para que ele possa ser interpretado.

Dessa forma, a consciência de que o discurso sobre influências externas, internas e do próprio discurso, é fator essencial para compreender a obra de Michel Foucault.

## REFERÊNCIAS

FAÉ, Rogério. A genealogia em Foucault. **Psicol. estud.**, Maringá, v. 9, n. 3, p. 409-416, Dec. 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-73722004000300009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722004000300009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 29 Set. 2016.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola.

LAYRARGUES, Phillippe Pomier. **A natureza da ideologia e a ideologia da natureza: elementos para uma sociologia da educação ambiental**. Tese de Doutorado. Universidade Estadual de Campinas. Orientador: Leila da Costa Ferreira. Campinas, SP. 2003.

## **MULTICULTURALISMO E DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: UMA ANÁLISE SOBRE A CULTURA DO ESTUPRO**

*Guilherme de Souza Wesz<sup>1</sup>  
Eliana Swidzikiewicz<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

A agressão praticada contra mulheres é um assunto assustador e presente em nosso cotidiano. No Brasil as mulheres são alimentadas pelo temor vivenciado pelos diversos tipos de violência, em especial a violência sexual. No entanto, cria-se uma necessidade de discutirmos e refletirmos sobre esse tema que é antigo e atual ao mesmo tempo. Enfoca-se aqui um breve estudo sobre a violência em face do gênero feminino à luz dos direitos humanos e da cultura machista do estupro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Multiculturalismo – Direitos humanos – Gênero – Cultura do estupro – Justiça.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS:**

“O multiculturalismo nada mais é do que um conjunto de diversas tradições e culturas contemporaneamente presentes no mundo globalizado. É uma combinação de culturas e valores” (FARIAS, 2014, p. 01). Nas entrelinhas do multiculturalismo brota os Direitos Humanos, impondo um limite no direito as diferenças e respeito em face das tradições culturais.

Não se pode tolerar a discriminação de gêneros, como tem ocorrido com frequência em nosso país, em especial, a cultura do estupro. Tal cultura subjuga as mulheres e coloca seus corpos frente aos princípios masculinos. Logo, o estupro nada mais é que uma expressão brutal da violência machista, atitude que restringe a mulher de fazer as suas escolhas ou de deliberar sobre seu próprio corpo, bem como a sua sexualidade, o que, com isso, muitas vezes impede-a de ocupar espaços públicos.

É necessário ressaltar que a sociedade não separa quem deverá receber o título de esturpador. Contudo, quando se fala em crime de estupro a sociedade não rotula apenas quem cometeu o delito, principalmente a vítima, que na esmagadora maioria das vezes é do gênero feminino. Com isso, adverte-se que as mulheres rotuladas moralmente como *honestas* são vistas como pessoas que podem ser vítimas de estupro, no entanto, as rotuladas como *desonestas* são consideradas pessoas a serem desamparadas, sem preocupações quanto a agressão que sofreram, perante à sociedade.

<sup>1</sup> Aluno do curso de graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) *campus* de Santo Ângelo/RS. Email: guilhermewesz@icloud.com.

<sup>2</sup> Aluna da graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* Santo Ângelo/RS. Email: elianaswi@hotmail.com.

A nossa Constituição Federal de 1988 é um marco em referência aos direitos humanos da mulher, e também, quanto ao reconhecimento de sua plena cidadania, pois prevê que homens e mulheres são iguais perante a lei, sem preconceito quanto à raça, sexo, origem, idade, cor e qualquer meio de discriminação. No entanto, no Brasil violência sexual se destaca, pois, culturalmente é envolvida por certos mitos.

### **METODOLOGIA:**

A breve pesquisa é descritiva com abordagens bibliográficas, mediante análises doutrinárias (livros, leis e periódicos).

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO:**

A violência de gênero é o espelho da ideologia patriarcal, o que demonstra claramente as relações de poder entre homens e mulheres. Como relatam Cerqueira e Coelho:

Como subproduto do patriarcalismo, a cultura do machismo, disseminada muitas vezes de forma implícita ou sub-reptícia, coloca a mulher como objeto de desejo e de propriedade do homem, o que termina legitimando e alimentando diversos tipos de violência, entre os quais o estupro (CERQUEIRA; COELHO, 2014, p. 02).

Vilhena e Zamora, fazendo referência ao que Soares leciona, advertem que “a violência contra a mulher é uma violência masculina que se exerce contra as mulheres pela necessidade dos homens de controlá-las e de exercer sobre elas o seu poder” (VILHENA; ZAMORA *apud* SOARES, 2004, p. 01).

E para enfatizar o que é violência sexual, Scardueli lembra que esta é:

Considerada uma violação dos direitos humanos, nas sociedades democráticas, a violência contra a mulher acontece em todos os países, e em qualquer classe social e grupos étnico-raciais. Não é um problema apenas das classes pobres, que vivem drogadas ou alcoolizadas. É uma violência tolerada pela sociedade devido à cultura existente, de que esses fenômenos são próprios da natureza humana (SCARDUELI, 2012, p. 03).

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, que aconteceu no México em 1975, que foi o produto da primeira conferência mundial sobre a mulher, a qual foi responsável por encorajar a necessidade de proporcionar a igualdade formal e material entre os gêneros, surgindo o primeiro meio internacional em relação aos direitos humanos voltado para a proteção das mulheres.<sup>3</sup>

Mais tarde, em 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, que ocorreu no Egito, “certificou a existência de quatro

<sup>3</sup> Fonte com base em dados das Nações Unidas no Brasil – ONU Mulher, online. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>

estacas para a evolução de qualquer nação: a igualdade entre os sexos, o empoderamento da mulher, proteção dos direitos sexuais e reprodutivos e eliminação de toda violência contra a mulher” (FARIAS, 2014, p. 03).

Porém, mesmo existindo essa transformação positiva no desenvolvimento normativo sobre a defesa dos direitos humanos das mulheres, diariamente temos conhecimento através de notícias de diversas violências que essas sofrem, seguido da impunidade do agressor, deixando de lado estes direitos. Neste contexto, a impunidade só aumenta, enquanto as mulheres ficam sem o acesso aos direitos que conquistaram através de diversas lutas sociais e políticas.

Em cenário nacional, a nossa Constituição Federal de 1988 é um marco em referência aos direitos humanos da mulher, e também, quanto ao reconhecimento de sua plena cidadania, pois prevê que homens e mulheres são iguais perante a lei, sem preconceito quanto à raça, sexo, origem, idade, cor e qualquer meio de discriminação.

No entanto no Brasil a violência sexual se destaca, pois, culturalmente é envolvida por certos mitos. É difícil identificar fatos a respeito do estupro, entre o que é socialmente estupro e o que não é, entre quem é o estuprador e quem é vítima. A sociedade não distingue quem recebe o rótulo de estuprador. Quando falamos em crime de estupro, observamos que o agressor recebe um rótulo e a vítima também.

Historicamente, as mulheres são divididas cultural e moralmente entre *honestas* e *desonestas*. O nosso Código Penal de 1890 já trazia em seu Título VIII uma pena diferenciada para o agressor de ambas as classificações.

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, **mas honesta**:

Pena – de prisão celular por um a seis anos.

§ 1º Si a estuprada for mulher **publica ou prostituta**:

Pena – de prisão celular por seis meses a dois anos.<sup>4</sup>

Atente-se que o estupro era visto sendo um crime em desfavor da honra do homem, que, no entanto, era o proprietário da mulher. Assim, o marido não era considerado criminoso se caso estuprasse sua esposa. Além disso, se o delito fosse cometido contra uma mulher considerada honesta a pena aplicada seria de 01 (um) a 06 (seis) anos, porém, caso o delito em comento fosse, em face de uma mulher considerada pública ou prostituta, a pena era de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos. Restando claramente que a cultura machista influencia há muito tempo nas convicções morais de todos, quando tenta distinguir mulher honesta de desonesta, *mulher de família* e *mulher da vida*, como se ambas não sofressem igualmente com a violência imposta.

Infelizmente, mesmo com o passar do tempo, ainda na atualidade a cultura patriarcal e machista está presente na nossa sociedade, principalmente quando se faz necessário discutirmos o envolvimento de agressor e vítima. Dessa maneira nos deparamos frente a um paradoxo, que inevitavelmente deverá ser desfeito. É possível a existência de uma cultura de estupro frente a

<sup>4</sup> Redação dada pelo DECRETO N. 847 – 11 de outubro de 1890, que promulgou o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

uma sociedade que criminaliza este ato? Ocorre que a violência sexual é criminalizada, porém existe uma grande hipocrisia nas reações sociais quando relacionadas ao status do agressor e da vítima.

Lenio Luiz Streck, em “Criminologia e Feminismo”, observa que:

Em comentário ao art. 213 do Código Penal, que trata do estupro, consta o seguinte entendimento de Damásio de Jesus (CP Anotado, Ed. Saraiva, 1993, p. 605): “Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações como e onde este quiser. Não perde o direito de dispor do seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal, e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa”. Assim, a *contrariosensu*, pode-se entender que, na opinião do renomado jurista, se não existir a justa causa ou se a negativa da esposa em manter a relação sexual for de caráter mesquinho, o marido pode forçá-la a tal, o que significa estuprá-la. (STRECK in CAMPOS, 1999, p. 87).

Por derradeiro, é necessário chamar a atenção para os efeitos prejudiciais à saúde da vítima, pois a conduta de forçar a mulher à prática sexual causa consequências muitas vezes irreversíveis para ela. Neste enredo, quanto à saúde da mulher, Cerqueira e Coelho asseveram que:

Conforme documentado na literatura, existem graves consequências do estupro, de curto e longo prazo, que se estendem no campo físico, psicológico e econômico. Além de lesões que a vítima pode sofrer nos órgãos genitais (principalmente nos casos envolvendo crianças), quando há o emprego de violência física, muitas vezes ocorrem também contusões e fraturas que, no limite, podem levar ao óbito da vítima. O estupro pode gerar gravidez indesejada e levar a vítima a contrair doenças sexualmente transmissíveis (DST). Em termos psicológicos, o estupro pode redundar em diversos transtornos, incluindo “depressão, fobias, ansiedade, uso de drogas ilícitas, tentativas de suicídio e síndrome de estresse pós-traumático”(CERQUEIRA e COELHO, 2014, p. 04).

Em sede de informação, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em relação às notificações realizadas pela Polícia em 2011, no Brasil 88,5% das vítimas de violência sexual eram mulheres, deste percentual, mais da metade era menor de 13 anos de idade e 51% era de cor preta ou parda<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Nota técnica nº 11 do IPEA. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados de saúde**. Brasília. Março de 2014.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Diante do que foi exposto, observa-se que, ao longo da história da humanidade, a cultura machista e patriarcal foi inserida, de forma sedimentada, em nossa sociedade. Neste contexto muitas vezes admitiu-se a possibilidade da culpa da própria vítima, em razão de que a mulher é vista como propriedade do homem, justificando, assim, a violência sofrida.

Levando-se em consideração estes aspectos, vislumbra-se que estamos diante de um antagonismo, onde há uma cultura do estupro ante a uma sociedade que criminaliza tal conduta. Acontece que, a violência sexual é punível, entretanto acha-se um disfarce nas reações sociais quando relacionadas à condição do agressor e da vítima.

Ademais, pela observação dos tópicos analisados, é imperioso que a mulher seja valorizada enquanto indivíduo. Não se pode considerá-la como um objeto a ser reverenciado onde quer que esteja não é obrigada a atender vontades e intenções sexuais das quais ela não detém a mesma intenção.

Assim, a violência sexual é o marco da condição vulnerável do sexo feminino. Infelizmente, não há uma solução visível para o problema. É impreterível, no entanto, punir os perpetradores com penas severas e estimular, através da educação, ideais de convivência humana, levando-se em conta a igualdade de gêneros. Afinal, o estupro e os todos diversos meios de violência praticada contra mulher não devem ser tolerados nunca.

## REFERÊNCIAS:

CERQUEIRA, Daniel. COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde**. Brasília. 2014. Online. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf)

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **CÓDIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL**. Online. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>

FARIAS, Vanessa Carla Bezerra de. **MULTICULTURALISMO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES**. Natal. Editora Realize. Online. Disponível em: [http://www.editorarealize.com.br/revistas/direitoshumanos/trabalhos/Modalidade\\_4datahora\\_21\\_08\\_2014\\_10\\_51\\_26\\_idinscrito\\_42\\_fbdd09513e5888c139ef527dfbc00a17.pdf](http://www.editorarealize.com.br/revistas/direitoshumanos/trabalhos/Modalidade_4datahora_21_08_2014_10_51_26_idinscrito_42_fbdd09513e5888c139ef527dfbc00a17.pdf)

SCARDUELI, Márcia Cristiane Nunes. **RELAÇÕES DE GÊNERO EM CAMPANHA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: SUBMISSÃO FEMININA MANTIDA**. Caxias do Sul. EDUCS. 2012. Online. Disponível em:



<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/1222/825>

STRECK, LenioLuiz. CAMPOS, Carmen Hein de. **CRIMINOLOGIA E FEMINISMO**. Porto Alegre. Sulina. 1999.

VILHENA, Junia. ZAMORA, Maria Helena. **ALÉM DO ATO: OS TRANSBORDAMENTOS DO ESTUPRO**. Rio de Janeiro. Revista Rio de Janeiro. 12<sup>a</sup> Ed. 2004.



## **PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS COMO PRESSUPOSTO DA BIODIVERSIDADE SUSTENTÁVEL**

*Flávio Fagundes*<sup>1</sup>

*Thiago Luiz Rigon de Araujo*<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O atual estudo visa apontar os principais instrumentos de regulamentação dos conhecimentos tradicionais e biodiversidade dos países mega-diversos do sul, salientando que durante a pesquisa científica, foram analisadas as tentativas históricas de destaque da agenda internacional no que se refere a construção de parâmetros de proteção da diversidade biológica, e desta forma, inserir o tema-problema na discussão do acesso irregular dos recursos do patrimônio genético das comunidades indígenas e tradicionais. As considerações e a abordagem final *respaldar-se-ão também na contraposição atual dos interesses dos países desenvolvidos, referentes aos acordos preferenciais de comércio em face dos países em desenvolvimento, e a relação de “detentores” de tecnologia e “detentores” de biodiversidade.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Recursos Genéticos; Conhecimentos Tradicionais; Biopirataria; Biodiversidade.

### **METODOLOGIA**

O objetivo geral do presente trabalho é estudar a relação entre a propriedade intelectual, os conhecimentos tradicionais bem como sua proteção jurídica e as conseqüências para os países detentores de grande diversidade biológica, desta forma, a metodologia de abordagem da teoria que embasa o projeto de pesquisa, utilizou-se do método hipotético dedutivo, possuindo como perspectiva de análise do sistema.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Diante das circunstâncias atuais frente ao desenvolvimento de novas tecnologias, e considerando a vasta capacidade de devastação do meio ambiente, a ação global tem acentuado o posicionamento em relação à proteção dos ecossistemas e a utilização dos recursos naturais como matéria-prima. Esse movimento foi iniciado por ocasião da Conferência Internacional de Estocolmo em 1972, considerado o marco inicial em nível mundial no que diz respeito à proteção do Meio Ambiente. Posteriormente em 1985 era tempo de discutir sobre a camada de Ozônio, na Convenção de Viena, motivo pelo qual foram

---

<sup>1</sup> Acadêmico de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Frederico Westphalen;

<sup>2</sup> Mestre em Direito e professor titular da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Frederico Westphalen.

estabelecidos dois acordos com o objetivo de reduzir as substâncias que degradam e a alteram.

Mais recentemente, a ECO-92, Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio De Janeiro, onde 161 países, exceto os Estados Unidos, tornaram-se signatários da CDB (Convenção sobre Diversidade Biológica) regulamentada e internalizada no território brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 2 de 1994 e Decreto Executivo nº 2519 de 98, respectivamente. A Convenção tem seu objeto principal, a conservação da diversidade biológica, utilização dos recursos genéticos e a transferência de tecnologias pertinentes levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias e mediante financiamento adequado.<sup>3</sup>

Fato é que, desde 1988 e o vigor da Constituição Federal, o País demonstra e experimenta uma democracia ainda em andamento, desse modo, com a Redação do Artigo 225, e em consequência, o nascimento de um direito Constitucional Socioambiental que visa à proteção e equilíbrio dos ecossistemas, expressa, e reveste-se atualmente do caráter do Estado Democrático De Direito.<sup>4</sup>

Destarte, é possível inferir que mesmo com a pauta da biodiversidade aos olhos do debate político e os avanços no sistema internacional de patentes, ainda há pontos díspares quando correlacionados o acordo TRIPS<sup>5</sup> e os princípios da Convenção sobre Diversidade biológica.

## DISCUSSÕES

### a) Acordos Preferenciais de Comércio.

Na década de 90, com o final da rodada Uruguai no âmbito da Organização Mundial do Comércio, vigorou o acordo TRIPS, que instituiu um ordenamento que estabelece padrões mínimos obrigatórios, e diferentemente da CDB, impõe sanções aos países signatários no caso de violação de suas diretrizes, o que especifica o favorecimento de determinadas nações. Conforme nos assevera Henrique Zeferino de Menezes, o maior interesse é dos governos Norte-Americanos que se sucedem, e: "Seus objetivos não se restringem a efetiva observância das normas estabelecidas com o TRIPS e desde a sua conclusão empreendem esforços para ampliar e fortalecer as regras internacionais de proteção dos direitos de Propriedade Intelectual, com negociação de novos

---

<sup>3</sup> **Convenção sobre Diversidade Biológica;** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf) Acesso em: Junho 2016

<sup>4</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e Patrimônio Genético e biotecnologia no Direito Ambiental.** – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva. 2012. (p. 25)

<sup>5</sup> *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*



acordos internacionais, multilaterais ou preferenciais com padrões de proteção TRIPS-plus<sup>6</sup>.”.

Dessa forma os acordos preferenciais de comércio existentes entre países desenvolvidos e do outro lado países periféricos, produzem impactos sobre as políticas públicas sensíveis dos países em desenvolvimento, visto que os não são medidos estímulos para ampliar as normas internacionais que garantam maior comercialização e privatização do conhecimento.

Acontece que o TRIPS já foi assinado com padrões indisponíveis para a maioria dos países, e como resultado, o exercício obrigatório das cláusulas submete os povos em desenvolvimento científico e tecnológico, com desigualdades gritantes, a um padrão uniforme. Desse modo, há uma limitação das políticas públicas de cada país no que tange a sistematização das regras de propriedade intelectual, não as condicionando a suas respectivas demandas nacionais.

Uma das características do modo de produção capitalista é a capacidade de adaptar-se durante os séculos, e dessa forma, intensifica-se a prospecção nos ecossistemas que possuam novas fontes de exploração para fins econômicos. No que se refere à prática histórica do colonialismo, Leff adverte: “Hoje em dia avança um projeto de colonização tecnológica mobilizado pelo processo de globalização econômica que induz formas ecológicamente irracionais de exploração e aproveitamento dos recursos naturais.”<sup>7</sup>

## **b) Proteção dos Conhecimentos Tradicionais Associados**

### **Convenção sobre Diversidade Biológica e Repartição dos benefícios.**

Sobre os objetivos da CDB, além da conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes, destaca-se a divisão justa dos benefícios advindos dos recursos genéticos, ou seja, a previsão legal fundamenta-se no reconhecimento da importância dos conhecimentos tradicionais para conservar a diversidade biológica, desse modo segundo a CDB, as populações indígenas e comunidades locais são titulares de direito e a repartição dos benefícios advindos do acesso a esses recursos deve ser justa e equitativa. Dentre esses benefícios encontram-se a troca de informações científicas, a transferência de tecnologia e parte nos resultados financeiros obtidos pelo acesso.

Quanto à repartição dos benefícios, é considerada uma provável ferramenta de diminuição das polarizações entre o Norte-Sul, capaz de

<sup>6</sup> MENEZES, Henrique Zeferino de. **O conflito, Estados Unidos – Brasil sobre a organização do regime internacional de propriedade intelectual no século XXI: da agenda de patentes á agenda do desenvolvimento.** Campinas- SP: [ s. n.] (p. 66 a 149)

<sup>7</sup>LEFF, H. **Ecologia, capital e cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável.** (2000, p.109.)



oportunizar aos países em desenvolvimento, alguma vantagem da exploração ou fornecimento de seus recursos.<sup>8</sup>

Para ilustrar o prejuízo das apropriações dos recursos naturais, Rifikin<sup>9</sup> traz o exemplo da borracha, o comércio que era dominado pelo Brasil, presenciou a sua maior defasagem na virada do século XX, oriunda da transferência ilegal de mudas de seringueira do País para o sudoeste da Ásia, mais precisamente nas colônias britânicas do Ceilão e Cingapura, que hoje fortifica o sistema de empresas bilionárias norte-americanas e britânicas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, a atual pesquisa propôs apresentar de maneira concisa, os aspectos e a trajetória das negociações em âmbito internacional, e sua consumação no que se refere à proteção dos conhecimentos tradicionais e da diversidade biológica.

Verificou-se também os conflitos entre os interesses dos países envolvidos, fato que, refletiu em divergências nos princípios e relação do Acordo TRIPS e a CDB. De igual forma, os padrões estabelecidos pelo TRIPS ignoram as particularidades socioambientais dos países signatários, efetivando um modelo de proteção uniforme e em situação de descaso com a pluralidade dos ecossistemas.

Em paralelo, destaca-se por fim, a necessidade de programar mecanismos que proporcionem acesso aos conhecimentos tradicionais condizentes com as questões e demandas de cada país-membro. Resguardar os Direitos de Propriedade Intelectual que não acolha a imposição de um regime que internaliza a usurpação dos conhecimentos indígenas, é condição para a constituição sistemática do desenvolvimento sustentável e conservação da biodiversidade.

## REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **Propriedade Intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1 ed., 2005

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988  
**Convenção sobre Diversidade Biológica**; Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf) Acesso em: Junho 2016

<sup>8</sup> REGÔ, Patrícia de Amorim. **Biodiversidade e repartição de benefícios**. Curitiba: Juruá, 2012. (p. 124)

<sup>9</sup> RIFIKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia: A valorização dos genes e a reconstrução do mundo**. Tradução e revisão técnica de Arão Sampaio. São Paulo : Makron Books, 1999. (p. 51)



FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e Patrimônio Genético e biotecnologia no Direito Ambiental.** – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva. 2012.

LEFF, H. **Ecologia, capital e cultura:** racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável. Blumenau: Edifurb, 2000.

LÉVÊQUE, Christian. **A Biodiversidade.** 1999

MENEZES, Henrique Zeferino de. **O conflito, Estados Unidos – Brasil sobre a organização do regime internacional de propriedade intelectual no século XXI: da agenda de patentes á agenda do desenvolvimento.** Campinas- SP: [ s. n.] (p. 66 a 149)

REGÔ, Patrícia de Amorim. **Biodiversidade e repartição de benefícios.** Curitiba: Juruá, 2012.

RIFIKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia: A valorização dos genes e a reconstrução do mundo.** Tradução e revisão técnica de Arão Sampaio. São Paulo : Makron Books,1999.

## **REDEMOCRATIZAÇÃO DO PAÍS E A EMERGÊNCIA DO MOVIMENTO NEGRO**

*Gabriela Felden Scheuermann<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O trabalho a seguir proposto versa sobre a importância do Movimento Negro na luta contra a desigualdade racial, bem como o processo de redemocratização do Brasil, ocorrido na década de 80, que possibilitou o surgimento de novas demandas por direitos. Assim, o breve estudo – ainda em andamento – aponta as principais reivindicações e movimentos da comunidade negra ao longo da história, bem como sua emergência no novo campo político brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Movimento Negro. Redemocratização. Direitos.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Em 13 de maio de 1888, a Princesa Isabel decretou o término da Escravidão no Brasil, declarando a liberdade de todos os escravos. Entretanto, a liberdade consentida aos escravos não provocou fortes mudanças na sociedade brasileira, tendo em vista que largou o negro ao seu próprio destino, largando sobre ele a responsabilidade de se inserir e se adequar aos novos padrões impostos pela sociedade. Diante disso, começaram a surgir movimentos em busca da correção da desigualdade e da discriminação racial, que se intensificou com a redemocratização do país. Assim, questiona-se quais foram as principais reivindicações do Movimento Negro ao longo da história e qual a sua influência no novo cenário jurídico que surge em 1988?

O presente estudo se propõe a uma reflexão sociológica em torno dos movimentos sociais, os quais surgem no cenário brasileiro com o viés de reivindicar direitos postergados, não reconhecidos ou negados. Objetiva-se analisar a luta do Movimento Negro por ações de superação da desigualdade racial e, especialmente, enfatizar a sua emergência no período de redemocratização do país.

### **METODOLOGIA**

Frente a natureza da pesquisa proposta, em termos de metodologia, mostra-se como melhor opção a realização da pesquisa qualitativa, mediante o uso de revisão bibliográfica.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC/IESA). Pós-graduanda em Sociologia pela Universidade Estácio de Sá. Acadêmica do Curso de Mestrado em Direito do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – campus Santo Ângelo. Contato: gabi\_felden@hotmail.com.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Em decorrência da situação histórica de discriminação racial do negro, o processo de rebelião, conforme assevera Florestan Fernandes (2008), não possuía o caráter de uma revolução contra a ordem social vigente, ao contrário, o sentido das reivindicações dos movimentos sociais amparavam-se “sob o signo de uma revolução moral”. Assim, não pretendiam ir de encontro a ordem econômica, social e política, mas “contra a espoliação racial que ela acobertava [...] tratava-se de uma rebelião de cunho nítida e expressamente integracionista”.

Dessa forma, o Movimento Negro é um movimento pelo qual se reivindicam melhores condições de vida para a população negra e tem como principal finalidade, além de despertar a consciência de todos os brasileiros acerca dos efeitos e das causas do racismo, propor de toda a sociedade e do Estado ações concretas de superação da desigualdade racial, bem como medidas de inclusão e integração social.

Em relação à luta e às reivindicações, a história do Movimento Negro perpassa por momentos de descontinuidades e por posturas políticas bastantes distintas, as quais costumam ser divididas em quatro períodos: República Velha (1889-1930), Revolução de 1930 ao Estado Novo, da democratização do Golpe Militar (1945-1964) e da abertura política de 1978 (DOMINGUES, 2007).

O primeiro período corresponde ao ano seguinte ao da Abolição e ao ano em que foi proclamada a República no Brasil. Neste período, houve a formação de organizações negras, com o objetivo de liderar um processo de reeducação da massa negra [...] e liderar a luta contra o preconceito de cor” (GUIMARÃES, 2002, p. 91). Simultaneamente, surgiu a imprensa negra, a qual procurava dar enfoque as moléstias que afetavam a população negra no âmbito do trabalho, habitação, educação e saúde.

O segundo período é marcado pelo surgimento da Frente Negra Brasileira (FNB), cuja principal finalidade era a de integrar o povo afrodescendente à sociedade, ou seja, ‘buscava afirmar o negro como brasileiro – renegando as tradições culturais afro-brasileiras, responsabilizadas pelos estereótipos que maravam os negros – e denunciando o preconceito de cor que os alijava no mercado de trabalho em favor dos estrangeiros” (GUIMARÃES, 2002, p. 87). Nesse sentido, afirma Florestan Fernandes (2008) que a FNB foi um movimento social centrado na ideia nacionalista de defesa da inserção da ‘raça negra’ no mundo do trabalho, uma vez que os imigrantes estrangeiros eram preferidos no mercado de trabalho, deixando a maioria dos negros e mestiços na condição de desempregados e marginalizados.

No terceiro período surgiu o Teatro Experimental do Negro (TEN), criado por Abdias do Nascimento, que se propunha a “trabalhar pela valorização social do negro no Brasil, através da educação, da cultura e da arte” (NASCIMENTO, 2004, p. 210). Além disso, o TEN objetivava “construir um Brasil melhor, efetivamente justo e democrático, onde todas as raças e culturas

fossem respeitadas em suas diferenças, mas iguais em direitos e oportunidades” (NASCIMENTO, 2004, o. 221).

Outrossim, 1964 foi um ano árduo para o movimento, pois o golpe militar representou uma derrota para a luta política dos negros, na medida em que os militantes do Movimento Negro passaram a ser vistos como estigmatizadores e acusados e inventar um problema que aparentemente não existia: o racismo (DOMINGUES, 2007). Entretanto, em 1970 ressurgem os movimentos populares e finalmente, no quarto período, aparece o Movimento Negro Unificado (MNU), chamado também de movimento negro contemporâneo, cuja ênfase era a denúncia do mito da democracia racial.

Entretanto, os movimentos se intensificaram no momento em que se deu o processo de redemocratização do país na década de 90, quando antigos e novos atores surgem demandando e reivindicando direitos que lhes foram negados. Assim, o período de redemocratização abriu portas para que o Movimento Negro lutasse por reconhecimento e espaço na esfera pública, como por exemplo, a participação na III Conferência em Durban, África do Sul, em 2001 e a consequente adoção de cotas raciais nas universidades. A partir de então, é possível observar que a comunidade negra teve forte influência na implementação de políticas de ação afirmativa, as quais buscam corrigir o histórico de desigualdade racial e promover a igualdade efetiva entre todos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na década de 80, ocorreram importantes mudanças na luta por direitos, como o processo de redemocratização que trouxe intensa mobilização social e política, com o surgimento de novos movimentos associativos. Segundo Paiva (2015, p. 140), “eles trazem demandas reprimidas que tornaram visíveis os vários conflitos latentes dessa esfera pública excludente”.

Nesse viés, a década de 1980 é marcada por grandes transformações históricas no Brasil. O período da ditadura militar havia se encerrado em 1985 e, em 1988, ocorreu, de um lado, a comemoração do centenário da Abolição da Escravatura e, de outro lado, a elaboração de uma nova constituição, que trouxe em seu bojo direitos reivindicados pelo Movimento Negro, tais como o crime de racismo e o reconhecimento da propriedade das terras de remanescentes de quilombos.

Importante avanço a ser destacado após a redemocratização foi em 1995, em Brasília, quando ocorreu a Marcha a Brasília pelo tricentenário da imortalidade de Zumbi. Em direção ao Planalto, uma comissão do movimento negro foi recebida pelo Presidente da República e pôde entregar diretamente o documento que continha um diagnóstico da situação social da população negra, bem como proposta de combate ao racismo e à desigualdade racial. À vista disso, houve o reconhecimento inédito, no governo de Fernando Henrique Cardoso, de que havia racismo no Brasil, com recomendação, ainda tímida, para se adotar ações afirmativas nos ministérios.

Outrossim, durante toda a história de luta contra o racismo e de reivindicação de direitos realizadas pelo Movimento Negro, a III Conferência



Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, em 2001, merece destaque, pois seu papel foi central para se pensar diversas questões sobre o racismo no Brasil contemporâneo.

Com efeito, para o Movimento Negro, a Conferência de Durban é considerada como um ponto fulcral na história do antirracismo no Brasil, principalmente do ponto de vista político – e mais ainda em relação às políticas públicas antirracistas e de ação afirmativa, pois dentre as recomendações feitas ao Brasil no relatório da Conferência, destaca-se a necessidade de implementação de cotas raciais para ingresso no Ensino Superior.

## REFERÊNCIAS

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes (o legado da raça branca)**, volume 1. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes (no limiar de uma nova era)**, volume 2. São Paulo: Globo, 2008.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio. **Classes, raças e democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002.

Nascimento, Abdias do. **Teatro experimental do negro: trajetória e reflexões**, vol.18, n.50, pp.209-224. ISSN 0103-401. 2004.

PAIVA, Angela Randhoplho. **Cidadania, reconhecimento e ação afirmativa no ensino superior**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 15, n. 4, p. 127-154, out-dez, 2015.

PETRÔNIO, Domingues. **Movimento Negro Brasileiro: alguns apontamentos históricos**, 2007. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/tem/v12n23/v12n23a07>>.

## **MODELOS DE ESTADO E TRIBUTAÇÃO**

*Gabriela Cortezia<sup>1</sup>  
Eduardo Meyer Mendes<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente resumo expandido se pauta em dois pilares, quais sejam: o modo de Estado e a tributação. A partir disso, a delimitação do tema é a relação entre o modelo de Estado adotado e a tributação. A questão sobre a qual se deseja refletir é: em que medida o modelo de Estado adotado influencia na respectiva forma de tributação? Para responder à pergunta, a pesquisa se debruçou sobre as formas de Estado e contornos do sistema tributário pátrio. A natureza da pesquisa é teórica, proveniente de consultas bibliográficas, em periódicos e na lei. O método utilizado foi o compreensivo. A par do que foi investigado, é possível afirmar que o modelo de Estado influencia diretamente na tributação, sendo que, quanto mais "liberal" for o Estado, menor deve ser a tributação, em contrapartida, quanto maior for a intervenção estatal, como no modelo de Estado Social, maior deverá ser a tributação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado; Intervenção; Tributação.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O tema analisado no presente estudo é a inter-relação entre a tributação e o modelo de Estado adotado em determinado território. Entende-se que o tema proposto é de grande importância e ganha relevo nos dias de hoje pelas constantes discussões acerca da alta carga tributária, da efetividade dos direitos fundamentais, pontos esses que são cada vez mais frequentes no cotidiano social.

O objetivo central da pesquisa é possibilitar a reflexão e discussão sobre o tema, especialmente com vistas a entender a correlação entre os diferentes modelos de Estado e a tributação.

### **METODOLOGIA**

A natureza da pesquisa é teórica, proveniente das consultas bibliográficas, com a qual se almeja o estudo da doutrina renomada, de periódicos especializados. O trabalho é realizado por meio da abordagem qualitativa, e o método utilizado

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de ciências jurídicas da URI, campus Santo Ângelo-RS, 6º semestre.  
E-mail: gabrielalcortezia@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento: Desenvolvimento e Direitos Humanos. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Unissul e em Direito Processual Civil pelo Iesa. Docente do curso de Direito da URI, campus Santo Ângelo-RS e do curso de Direito da Fema de Santa Rosa-RS. E-mail: meyeremendes@hotmail.com

é o compreensivo, com vista à reflexão e resposta para o problema que ora se apresenta.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A principal finalidade dos tributos é recolher valores em favor do Estado, a fim de atender as necessidades da população, sendo assim, a tributação se legitima no interesse do bem comum. Nesse sentido, é o Estado que detém o “monopólio” da arrecadação tributária, ao mesmo tempo em que provê parte das necessidades de seus súditos. Sobre o tema, conforme ensina Ruy Barbosa Nogueira, “os tributos (...) são as receitas derivadas que o Estado recolhe do patrimônio dos indivíduos, baseado no seu poder fiscal (poder de tributar, as vezes consorciado com o poder de regular), mas disciplinado por normas de direito público que constituem o Direito Tributário”. (1995, p.391)

Assim sendo, a roupagem em que se apresenta o Estado, deve guardar correlação com sua respectiva forma de arrecadação, por intermédio de seu sistema tributário.

Abaixo, será abordada de forma objetiva, as formas de Estado liberal ou neoliberal, de Estado Social, e as mutações do Estado Democrático de Direito, conforme segue.

Em relação ao Estado Liberal, conforme Marciano Buffon (2009), esse intervém minimamente na liberdade dos cidadãos, satisfazendo-se em garantir a paz social dos indivíduos.

Conforme ensina Luis Eduardo Schoueri (2011), dentro da lógica liberal ligada à tributação, “o tributo é o preço da liberdade”, pois se o Estado permite aos cidadãos, de forma livre, atuar no mercado, por meio da produção e do trabalho, garantindo a liberdade de exercício e de propriedade, renunciando o seu direito de atuar empresarialmente, ele precisa uma parcela do resultado dos “lucros” recebidos pelos particulares para subsistir.

Para Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes, “[...] O Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, porém não a possibilidade de legitimar qualquer critério concedendo-lhe forma de lei (...).” (2014, p.94-95), o Estado liberal possui o encargo principal de organizar e manter o Direito, no qual não se ajusta com qualquer lei ou conjunto de leis distintas sobre seu conteúdo.

Streck e Moraes citam algumas características do Estado de Direito:

- A- Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça;
- B- Garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado;
- C- A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado.
- D- O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos. (2014, p. 95)

Inicialmente em relação ao Estado Social, pode-se afirmar que, segundo Marciano Buffon (2009), esse modelo teve como ponto de partida a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimer de 1919, nas quais restou materializado o Estado Social, também conhecido do Bem-Estar-Social ou do Estado-Providência, que por sua vez se caracteriza pela intervenção do Estado em distintos ramos econômicos, sociais e culturais, com intuito de fundar uma sociedade solidária.

Consequentemente o Estado além de assegurar que as pessoas tenham acesso à educação e à cultura no qual tal direito possa ser exercitado de forma plena, dado que nada adianta garantir liberdade de expressão aos privados das condições mínimas para praticá-las, como exemplo o analfabeto.

Sobre o tema em estudo Streck e Morais asseveram que: “Com o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público.” (2014, p.97). Continua os mesmos autores: “(...) deste modo, a lei passa a ser compreendida como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto atendendo critérios circunstanciais.” (2014, p.97)

No que concerne ao Estado Democrático de Direito, conforme Buffon (2009), esse atribui um papel inovador na realidade social no qual conduzirá construções de uma sociedade com menor discrepância. Segue o mesmo autor: “Nessa nova organização social, o estado tem um papel decisivo no sentido de não apenas assegurar a igualdade formal, mas, sobretudo, de alcançar a igualdade material, isto é, o Estado passa a ter como condição de existência a busca de meios que possam minimizar as desigualdades decorrentes do modelo econômico vigente”. (2009, p. 31). Trata-se de um “*plus* normativo em relação às formulações anteriores” (STRECK e MORAIS, 2014). Ainda para os mesmos autores:

À diferença dos modelos anteriores, o Estado democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil. Há, desse modo, uma identificação entre o constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do estado Democrático de Direito. Veja-se, para tanto, a Constituição do Brasil, que determina, no art. 3º, a construção do Estado Social, cujo papel, cunhado pela tradição do constitucionalismo contemporâneo, é o de promover a integração da sociedade nacional (“...).” (2014, p.105).

Especialmente com a Constituição Federal de 1988, resta evidente que o Brasil almeja alcançar os ideias do Estado Democrático de Direito, muito embora esteja muito aquém do cumprimento e efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto e pelas leituras realizadas acerca do tema, verifica-se que, o sistema tributário é um importante mecanismo a serviço do modelo de Estado, tendo em vista que o tributo tem um poder de interferência direta nas condutas (ações e omissões) dos cidadãos-contribuintes, bem como pelo fato de que, é justamente por meio da arrecadação tributária, que o Estado subsiste estruturalmente.

Muito embora a análise aqui realizada tenha sido objetiva, pode-se perceber que no Estado Social onde há uma maior intervenção por parte deste, a tributação ganha espaço de destaque, sendo o principal meio para abastecer os cofres públicos, e, conseqüentemente se buscar o atendimento das demandas sociais.

De outro lado, no Estado Liberal, onde a intervenção é menor, a tributação deve ser proporcionalmente menor, pois nesse modelo o “compromisso” em relação aos direitos sociais é restrito.

Por fim, em relação ao “plus” do Estado Democrático de Direito, deve haver um equilíbrio na tributação que, por sua vez, deve obedecer aos ditames constitucionais. Nesse sentido, o tributo se legitima, mormente a partir do espírito da constituição, devendo guardar uma razoabilidade e uma espécie de reciprocidade entre o que é “cobrado” da população e o que é efetivamente lhe ofertado, não exatamente em relação direta a cada indivíduo, mas sim em relação à sociedade em geral.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUFFON. Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. – Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009.

NOGUEIRA. Rui Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SABBAG Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6<sup>a</sup>. ed – São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHOUERI. Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed.rev. e atual.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

## **MEDIAÇÃO: UMA REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA E CONCRETIZAÇÃO DE CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*Giovana Krüger<sup>1</sup>  
Charlise Paula Colet Gimenez<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

Os métodos atuais, utilizados pelo Direito diante do alto índice de conflituosidade e litígios, não encontram adequação entre a complexidade das ações judiciais, as pessoas envolvidas e as técnicas jurídicas aplicadas, o que acarreta na morosidade, no acúmulo de demandas e na insatisfação das pessoas envolvidas no conflito. Por essa razão, compreende-se que a mediação atua como complemento à prestação jurisdicional, tornando a busca pelo judiciário uma alternativa secundária, pois proporciona a resolução do conflito com base no diálogo e cooperação mútua, buscando entender a essência do conflito e reatar os laços rompidos pelo mesmo. A mediação realiza a pacificação social, pois sua solução é construída pelos litigantes de forma consensual e, portanto, há plena satisfação de ambas as partes, o que evita que haja novas contendas no futuro. Também realiza os direitos humanos, pois possibilita o acesso à justiça de forma mais célere e eficaz, pois não há processo judicial e a decisão não é unilateralmente imposta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conflitos; Mediação; Direitos Humanos; Cidadania.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Dentre as obrigações inerentes ao Estado Democrático de Direito, esta a promoção de acesso à justiça e de pacificação social, entretanto devido à anemia estatal provocada pela crise do Judiciário o mesmo não tem conseguido cumprir efetivamente com os seus fins, precarizando o acesso à justiça e prejudicando conseqüentemente o exercício da cidadania.

Diante da situação de crise vivenciada pelo Estado surge a necessidade de se buscar meios alternativos de resolução de conflitos que possibilitem tratar o fenômeno denominado “explosão de litigiosidade” e operar a fim de

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 2º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. Bolsista PIIC/URI do Projeto de Pesquisa “Gritos pela alteridade e sensibilidade do Direito: o estudo da mediação como resposta ecológica ao conflito a partir de Luis Alberto Warat”. E-mail: giovanapkruger@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora dos Cursos de Graduação e Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Gritos pela alteridade e sensibilidade do Direito: o estudo da mediação como resposta ecológica ao conflito a partir de Luis Alberto Warat”, vinculado ao PIIC/URI. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br

complementar a realização jurisdicional e possibilitar o acesso à justiça de forma célere e autônoma.

A mediação surge como mecanismo alternativo à judicialização dos conflitos e como caminho, ainda que pouco explorado, célere e eficaz na resolução dos mesmos. Alia-se a mediação a promoção da autonomia, cidadania e a realização dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direitos.

## **METODOLOGIA**

Para a realização do estudo, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, enquanto método de procedimento bibliográfico.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A atual crise do Judiciário, segundo Spengler, é uma soma de uma série de fatores como a incompatibilidade entre o direito e as crises sociais, a desarmonia existente entre a procura e a oferta de serviços judiciais, a qual resulta em morosidade ao sistema, a burocratização excessiva, entre outros. Se alia aos fatores causadores da crise do Judiciário a mitificação da figura do juiz.

Nesse sentido, a incompatibilidade entre o direito e as crises sociais é resultado de uma constante modificação a qual torna o conflito tão vário que a jurisdição clássica não é capaz de solucioná-lo de forma eficiente (SPENGLER, 2014).

A desarmonia existente entre a procura e a oferta de serviços judiciais constitui um dos mais graves problemas e o responsável pela morosidade do sistema judicial. Esta é causada pela falta de infraestrutura, equipamentos, pessoal capacitado, entre outros. Igualmente, relata-se “a necessidade de desburocratização/desformalização do judiciário, com o objetivo de aproximar a justiça ao cidadão comum, de torná-la acessível e democrática e de dar a esse cidadão mais autonomia para tratar seu conflito” (SPENGLER, 2014, p. 30).

Ademais, a mitificação da figura do juiz também constitui um dos fatores de fomento à crise do Judiciário pela inércia dos litigantes os quais transferem sua responsabilidade sobre o conflito para um terceiro a fim de receberem a resposta de quem é o vencedor ou perdedor da contenda. Há a ideia de que “o juiz da conta de todos os problemas” (SPENGLER, 2014, p. 33). A ideia descrita anteriormente é errônea, pois uma vez que os conflitos nascem no meio social e a solução é fundamentada apenas nos autos do processo e no ordenamento jurídico, não tendo o juiz conhecimento dos aspectos subjetivos que fazem parte do conflito em sua essência, o mesmo só poderá resolver o conflito no âmbito jurídico, mas o conflito subsistirá em outras dimensões e poderá ser, em potencial, uma nova contenda.

Diante do cenário descrito anteriormente é necessário romper com a cultura que mitifica a figura do juiz e investir em mecanismos que proporcionem a autorregulação dos conflitos, os quais permitam a percepção do judiciário

como uma solução alternativa e não exclusiva, reduzindo, assim, o número exacerbado de processos.

A mediação surge como alternativa na busca pela justiça, pois promove a autonomia, a cidadania, os direitos humanos e a concretização do Estado Democrático de Direito (SPENGLER, 2014, p. 90).

É primordial saber que ao falar em autonomia refere-se à ideia de Lino de Macedo para o qual a autonomia consiste em ser capaz de agir individualmente ao mesmo tempo em que se age como parte de uma coletividade. Desse modo, a mediação promove a autonomia, pois propõe a solução do conflito pelos próprios litigantes, de maneira consensual. Para tanto as partes devem empoderar-se para tornarem-se protagonistas de suas próprias contendas e serem capazes, conjuntamente, através do diálogo e do reconhecimento e respeito do outro, de encontrarem uma solução para o conflito. A mediação estimula o diálogo e o cooperativismo entre as partes e dessa maneira acolhe a desordem social e a transforma em potencial de crescimento humano, produzindo assim cidadania (SPENGLER, 2014).

Uma das características da mediação é o poder das partes traduzido na autodeterminação. Essa autodeterminação nada mais é que o reconhecimento de que as partes em disputa têm a faculdade, o direito e o poder de definir suas questões, necessidades e soluções e de determinar o resultado do processo da mediação, sendo sua responsabilidade decidir mutuamente os termos de qualquer acordo que seja celebrado (SPENGLER, 2014, p.93).

Através do diálogo a mediação busca encontrar a essência do litígio e captar particularidades as quais passariam despercebidas pelo processo judicial e que talvez sejam o real motivo da contenda. Assim, ao findar o conflito a mediação objetiva que as partes possam reestabelecer os laços rompidos pelo mesmo e destruir o alicerce que poderia sustentar um novo conflito, promovendo, portanto, a paz social.

“Os conflitos sociais que chegam ao Judiciário precisam deixar de ser analisados como meras abstrações jurídicas, olhando-se para os protagonistas dos processos judiciais como pessoas com rostos e histórias que requerem respostas qualitativas para suas demandas” (SPENGLER, 2014).

A mediação estimula a tolerância, o respeito mútuo, a inclusão, o respeito às diferenças e a pacificação do conflito, por isso é imprescindível a sua realização com o objetivo de promover cidadania. A mediação permite que os cidadãos responsabilizem-se por suas contendas e atuem nas mesmas com autonomia e cooperativismo, acolhendo a desordem social e crescendo com o processo de resolução do conflito. Permite, ainda, que o acesso à justiça seja mais democrático, pois o Direito deixa de ser regulado unilateralmente, sem considerar os aspectos secundários existentes e passa a analisar a verdadeira essência do conflito, o que permite que os laços anteriores ao conflitos sejam reestabelecidos e a paz social seja firmada (SPENGLER, 2014).



Quanto aos direitos humanos, segundo José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (2008), o acesso à justiça é o principal deles. A mediação atua em prol dos direitos humanos, pois facilita o acesso a justiça tornando-a célere e informal. Também, através do seu método de trabalho<sup>3</sup>, alcança, na maior parte das vezes, a satisfação total de ambas as partes e assim evita que surjam novos conflitos.

A mediação nas comunidades possibilita também que grupos hipossuficientes possam estar mais próximos da justiça. Estes centros de mediação contribuem também para a manutenção da harmonia entre os membros da comunidade e para a efetivação da autonomia da mesma.

Assim, a mediação destaca-se por ser um mecanismo capaz de promover a cidadania e a justiça, na medida em que garante os direitos dos cidadãos, os torna atuantes perante suas contendas através do empoderamento e autonomia das partes e também, diante da análise profunda e solução eficaz do litígio, promove a pacificação social.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme consta na Constituição Federal, o acesso à justiça é um direito garantido a todos os cidadãos pelo Estado Democrático de Direito, entretanto a prestação deste serviço não é realizada de forma eficaz pelo Poder Judiciário, pois o mesmo encontra-se anêmico diante da crise que o assola.

Desta forma, faz-se necessária a busca por alternativas que visem auxiliar o poder judiciário a realizar seus fins e promover os direitos humanos e a pacificação social, aliados à garantia do exercício da cidadania.

A mediação surge como meio alternativo na busca pela justiça, a qual complementa a realização jurisdicional, e atua na realização da autonomia, cidadania, direitos humanos e na concretização do Estado Democrático de Direito, na medida em que incentiva o diálogo e a cooperação mútua na busca por uma solução consensual onde as partes reconhecem e respeitam umas as outras e tornam-se capazes, por meio do empoderamento, de responsabilizarem-se pela lide e de atuarem de forma conjunta para a construção de uma solução satisfatória para ambas as partes, o que garante que o presente conflito não culminará em novas contendas. Dessa forma, as partes reestabelecem os laços rompidos pelo conflito e promovem a pacificação social.

## **REFERÊNCIAS**

CALMON, Petronio, **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

---

<sup>3</sup> Busca pela essência, o real motivo do litígio, os aspectos subjetivos e particulares, para assim solucionar o problema de forma qualitativa e evitar novas demandas.



MACEDO, Lino de. **Ser autônomo é vencer resistências e transformar-se.** Revista NOVA ESCOLA, 283.ed. Jun./Jul. 2015. Disponível em: <http://acervo.novaescola.org.br/formacao/ser-autonomo-vencer-resistencias-transformar-se-901705.shtml>

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas a jurisdição!**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 256p.

RESTA, Elígio. **O direito Fraterno.** 1.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. 139p.

SPENGLER, Fabiana. **Retalhos da mediação.** 1.ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. 125p.

## **A CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS E OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

*Gissele B. Leal Bertagnoli<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

A conciliação, ao lado da mediação e da arbitragem, constituem meios alternativos de resolução de conflitos, ou seja, constituem formas alternativas à tutela jurisdicional do Estado, na solução das lides. Ela possui como principais atores as próprias partes controversas, para as quais deve se fomentar o ideal de pacificação social, que simboliza o escopo da Justiça institucionalizada e exercida pelo Estado, mediante a sua capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. O presente resumo baseia-se em um estudo feito no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis sobre a aplicabilidade da conciliação, objetivando analisar a efetividade da aplicação das possibilidades e limites do uso da conciliação. O estudo se desenvolveu a partir de vivências no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis do município de São Gabriel, e de São Sepé, ambos no RS. As conclusões alcançadas permitiram a identificação das disponibilidades práticas que ainda não se efetivaram, mas que, profissionais do direito, mediadores, conciliadores estão tentando de certa forma alcançá-los.

**PALAVRAS-CHAVES:** Conciliação. Mediação. Aplicabilidade. Efetividade.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I, determinou a criação obrigatória dos Juizados Especiais Cíveis com competência para processamento e julgamento das causas cíveis de menor complexidade. Com a edição da Lei n. 9.099/95, de 26.09.1995, houve um avanço no que diz respeito à simplicidade e celeridade como instrumento a propiciar justiça ágil e menos formal, dando ênfase a conciliação. Verifica-se, porém, que o sistema judicial de resolução de conflitos é insuficiente à satisfação da pretensão dos que o buscam, primeiramente, pelo excesso de demanda e, conseqüentemente, pelo trâmite e sentenças muitas vezes ineficazes. Diante disso, nota-se que há uma busca incessante por soluções que resolvam o problema e restaure a credibilidade do Poder Judiciário.

Pretende-se com o presente trabalho promover uma análise a respeito dos Juizados Especiais Cíveis com foco no instituto da conciliação, a sua importância para a busca da rápida solução dos conflitos de interesses, além de analisar a ferramenta da conciliação como instrumento da paz social.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA, Santa Maria, RS; Pós-Graduada em Mediação de Conflitos e Direito de Família pela Faculdade Palotina – FAPAS, Santa Maria, RS; Mestranda em Desenvolvimento Regional, pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, RS. Endereço para correspondência: Rua Roberto Holterman, n. 10/402 Santa Maria, RS. Endereço eletrônico: gissele1106@gmail.com.

## **METODOLOGIA**

O presente resumo foi elaborado interpretando-se as diversas reflexões de autores que viabilizaram a identificação de elementos conceituais que contribuem na crítica e na conclusão do termo aplicabilidade da conciliação de conflitos: uma análise dos juizados. O estudo adota uma perspectiva exploratória por tratar de algo pouco estudado, ou seja, o objeto analisado refere-se à análise das audiências de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis que se desenvolveu nos municípios de São Gabriel e São Sepé, ambos no RS.

## **ANÁLISE**

A Lei número 9.099 de 1995 é especialmente voltada à conciliação como forma de resolução de litígios, cria uma primeira fase, a conciliatória, que somente em não se alcançando um acordo se passa para a segunda fase, a de instrução e julgamento, e representou uma evolução do sistema jurídico do Brasil, onde um das principais características são os critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre promover a conciliação.

A conciliação disposta na legislação dos Juizados Cíveis Estadual constitui um meio fundamental para desobstruir o acesso ao Poder Judiciário e facilitar a atividade do juiz no exercício de suas atribuições, devendo ser enfatizado o importante papel dos conciliadores no curso do processo.

Os Juizados Especiais, segundo Carneiro (2002), poderiam ser comparados em alguns aspectos às Small Claims Courts norte-americanas, compartilhando com elas a informalidade dos procedimentos e o interesse em descongestionar as varas cíveis das grandes cidades.

Com o objetivo de agilizar os processos, esses juizados priorizam a oralidade, a gratuidade, a conciliação como meta, a assistência facultativa de advogado e a possibilidade de funcionamento noturno. A principal diferença entre as Small Claims Courts americanas e os Juizados Especiais Cíveis são os participantes envolvidos na resolução do problema. Nas cortes judiciais americanas, promotoria e defesa negociam sentenças para pequenos delitos para que não seja necessário o julgamento (MAYNARD, 1984).

Conforme Resolução nº 174 do CNJ, 2013, os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados preferentemente entre bacharéis em Direito, que detêm a função de orientar a composição dos conflitos entre as partes, podendo aconselhá-las e fazer sugestões, porém, sem carga de imposição e de forma imparcial. Embora pareça tarefa simples o conciliador é o primeiro juiz da causa, é a primeira pessoa que se empenha na atividade e tem o dever de conter o *animus* das partes que às vezes está alterado, promoverá o diálogo a fim de obter a solução do conflito.

O trabalho do conciliador, nas audiências de conciliação, corporifica a meta de resolução do conflito através de negociação de acordo e finalização

antecipada do processo, pois apesar de não contar com poder formal de decisão, influencia as partes em conflito a chegarem a uma decisão satisfatória para ambos.

Historicamente, na constituição do Império já havia estímulos à prática de conciliação, segundo o que constava nos preceitos do art. 161 e 162, tornou-se obrigatória no Brasil na Carta de 1824. Posteriormente, foi detectada a extrema onerosidade do instituto e a falta de contribuição para a composição do litígio sendo abolida na fase Republicana. Nas Constituições de 1891 e 1934 foi facultado aos Estados legislar localmente sobre matéria processual, ocasião em que o Estado do Rio Grande do Sul, entre outros, inseriram o instituto em seus textos legislativos, embora não tenha sido contemplada textualmente no Código de Processo Civil de 1939, tinha previsão na lei especial número 968 de 1949, que tratava do desquite e dos alimentos.

Sabidamente, no Brasil, o acesso à justiça não ocorre de forma plena, pois o sistema judiciário se encontra em crise e um tanto quanto desgastado por fatores como a morosidade, a ineficiência e a um número elevado de processos, sem falar nas custas processuais. A cultura de acionar o Estado a cada conflito acaba sobrecarregando o Poder Jurisdicional, acarretando atrasos crônicos na solução dos litígios, que podem tramitar por anos e até décadas. A consequência é a descrença da população na Justiça, comprometendo desde a proposta original do Estado até o aparato judicial à disposição do cidadão (GARROTA, 2011).

Para fomentar a Resolução de Conflitos foi lançada pelo Conselho Nacional de Justiça a Semana da Conciliação, que tem como objetivo impulsionar as formas de solução autocompositivas de conflito e de aprimorar sua prática em benefício da sociedade, envolvendo todos os tribunais brasileiros para solucionarem os conflitos e reduzir o grande estoque de processos na justiça brasileira. A Semana Nacional da Conciliação é um marco anual das ações do Conselho Nacional de Justiça e dos tribunais para fortalecer a cultura do diálogo.

Além de fazer parte da semana da conciliação, as ações que já tramitam na justiça, as chamadas processuais, há outra forma de conciliação, a chamada pré-processual, que é a que ocorre antes do processo ser instaurado e o próprio interessado busca a solução do conflito com o auxílio de conciliadores ou juízes.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os Juizados Especiais foram a grande revolução que ocorreu no Poder Judiciário e na sociedade, uma vez que representam um espaço pluralista de participação democrática e utilizam a conciliação como um dos mais importantes métodos de solução de conflitos, exigindo a figura do conciliador, o que torna a atividade jurisdicional mais acessível às partes, tendo em vista a possibilidade da conciliação, obtendo assim uma resposta judicial de forma célere, alcançando a almejada pacificação social.

Assim, se de um lado observa-se o aumento no número de demandas, de outro, observa-se que o judiciário não está preparado para atender toda essa demanda, resultando com isso morosidade, mesmo nos Juizados Especiais, os quais, ainda assim, oferecem um procedimento mais célere que o ordinário.

O sistema jurídico brasileiro não consegue mais dar uma resposta satisfativa aos conflitos que lhes são postos para solução, primeiramente, pela demora na finalização dos processos e, em segundo, porque na maioria das vezes a sentença traz insatisfação para ambas as partes envolvidas.

Diante do exposto, a Conciliação apresenta-se como medida apropriada à resolução dos conflitos, sendo capaz de dar celeridade e efetividade aos atos judiciais de forma imediata, refletindo diretamente na qualidade de vida daqueles que acessaram a justiça, trazendo a paz para o direito, ou seja, a paz social, porém, somente quando grande parte das ações impetradas nos juizados passarem a ser resolvidas por meio da conciliação, poderemos dizer, então, que está havendo efetividade em relação à lei.

Nesse sentido, é importante dizer que o presente estudo não conclui que quanto maior a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, maior será a mudança das predisposições culturais já existentes, pois não basta que o cenário da utilização conciliação se proponha a mudar a percepção dos cidadãos brasileiros acerca do serviço público oferecido pelo poder judiciário, mas, sim, trazer a esses cidadãos a segurança e a confirmação de que os naturais conflitos que surgem a partir da convivência humana serão tratados de forma eficaz.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo et al. **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

CRETELLA JÚNIOR, J. Da arbitragem e seu conceito categorial. *Revista Informática do Legislativo*. abr./jun. Brasília: 1988. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: ano 8, n. 33, out./dez., 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 174 - CNJ - Atos Normativos. Dispõe sobre a atividade de juiz leigo no Sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1723](http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1723)>. Acesso em: 20 mai. 2015.



GARROTA, Patrícia. Arbitragem garante a paz social na resolução de conflitos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2011. Disponível em: <[www.conjur.br/201111](http://www.conjur.br/201111)>. Acesso em: jun. 2015.

MAYNARD, D. W. **Inside plea bargaining**: the language of negotiation. New York: Plenum, 1984.

## **CIDADANIA, MOVIMENTOS SOCIAIS E OS SUJEITOS HISTÓRICOS DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

*Gissele B. Leal Bertagnoli<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O tema “cidadania, movimentos sociais e os sujeitos históricos da transformação social” foi escolhido por ser uma questão de ampla relevância no campo de pesquisa interdisciplinar, pois se evidencia todos os processos e experiências históricas que marcaram a formação do povo brasileiro e sua imensa diversidade étnica, demonstrando que a diferenciação entre as pessoas e sociedades está no âmbito cultural. Para melhor esclarecimento possibilitou-se várias discussões, levantando questões que percorrem os temas cidadania, formação socioespacial, desenvolvimento e construção de identidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cidadania. Movimentos Sociais. Desenvolvimento Regional.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A cidadania como fenômeno social de relevante importância, tem suscitado acaloradas discussões em diversos seguimentos da sociedade. A ideia de cidadania sugere que se leve em consideração seus elementos integrantes, etimológicos e históricos, conforme assinala Manzini Covre (2003, p.11), quando afirma que a cidadania é o próprio direito à vida no sentido pleno. “Trata-se de um direito que precisa ser construído coletivamente, não só em termos do atendimento às necessidades básicas, mas de acesso a todos os níveis de existência, incluindo o mais abrangente, o papel do(s) homem(s) no Universo”.

Dessa forma, a cidadania é entendida como sendo o próprio direito à vida em plenitude, conforme sugere Rousseau (1991), que acaba incorporando elementos como liberdade, dignidade e participação cívica ao exercício de direitos, bem como à mobilização social.

As manifestações culturais dos anos 60 e 70, exemplo de cidadania, refletiram o espírito de uma época de intensa contestação dos padrões sociais, das influências estrangeiras na cultura, de uma geração de jovens que buscavam liberdade através de ideais revolucionários. No mundo todo, esses anos foram marcantes em termos de mobilização social e cultural de modo

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA, Santa Maria, RS; Pós-Graduada em Mediação de Conflitos e Direito de Família pela Faculdade Palotina – FAPAS, Santa Maria, RS; Mestranda em Desenvolvimento Regional, pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, RS. Endereço para correspondência: Rua Roberto Holterman, n. 10/402 Santa Maria, RS. Endereço eletrônico: [gissele1106@gmail.com](mailto:gissele1106@gmail.com).



que, todas as discussões que aconteceram nos anos 60 e 70, contribuíram significativamente para que fosse pensada uma cultura nacional.

A partir da década de 60, os movimentos sociais brasileiros passaram a ter uma maior importância, pois a sociedade passou a lutar contra a política existente, mostrando sua insatisfação com o desenvolvimento econômico e social (ALONSO, 2007).

Os movimentos reivindicatórios ocorreram principalmente no meio urbano e alteraram o enfoque econômico dominante, havendo um aumento da participação popular, onde o povo assumiu o papel de sujeito histórico, pois a sociedade não lutou apenas por melhorias econômicas, mas por liberdade e democracia.

A noção de cidadania enquanto participação cívica da população nos negócios públicos, como momento de deliberação das questões que dizem respeito a toda coletividade, será objeto de reflexão neste trabalho.

## **METODOLOGIA**

A metodologia do presente artigo baseia-se em uma pesquisa bibliográfica, podendo ser compreendida como um estudo sistematizado, e foi elaborado interpretando-se as diversas reflexões de autores que viabilizaram a identificação de elementos conceituais que contribuem na crítica e na conclusão do tema cidadania, movimentos sociais e os sujeitos históricos da transformação social.

## **ANÁLISE**

A ideia do povo como sujeito de sua própria história adquiriu considerável força entre os anos 70 e 80, aparecendo intensamente no discurso de diversos atores sociais, como a Igreja Católica e os segmentos da intelectualidade acadêmica. Separado do Estado e de instituições de representação política, o povo passou a ser ouvido na década de 70 e se estendeu a década de 80 (DOIMO, 1995).

Foram, na verdade, movimentos transformadores de uma sociedade insatisfeita em busca de dias melhores, trilhando um caminho para a cristalização do povo como sujeito de sua própria história (DOIMO, 1995).

A história da cidadania no Brasil é praticamente inseparável da história das lutas pelos direitos fundamentais, pois foram lutas marcadas por violência e exclusão. O período que ficou conhecido como “década perdida” em termos econômicos, foi altamente positivo, tanto político como culturalmente. Segundo Gohn (1995, p.123), “[...] a década de 80 foi extremamente rica do ponto de vista das experiências político-sociais”, podendo ser listados entre os principais movimentos, o movimento dos Transportes Coletivos; Criação do Movimento dos Sem-Terra; Movimento das Favelas, ambos em 1979, além da promulgação da Nova Constituição e os movimento em Defesa da Escola Pública, no ano de 1988.

Portanto, a cidadania está em permanente construção e se refere a uma conquista da humanidade através dos povos que lutam por direitos, liberdade, melhores garantias individuais e coletivas e injustiças contra uma maioria desassistida e que não se consegue fazer ouvir, exatamente porque lhe é negada a cidadania plena, aquela que une liberdade, democracia e igualdade. Talvez seja um ideal que nunca se atingirá, mas serve pelo menos de parâmetro para fazer julgamento sobre a qualidade da cidadania em cada momento histórico.

Sendo o desenvolvimento regional um tema multidisciplinar que remete a vários ramos do conhecimento, a cultura e a cidadania estão cada vez mais imbricados ao desenvolvimento. Com essa intrínseca relação nasce novos usos da categoria cultura, e o processo de conhecimento da identidade cultural une-se a necessidade do acesso da população à educação, à qual compete contemplar a reflexão acerca das experiências e conhecimentos locais, enfatizando os projetos de desenvolvimento para a população selecionar as estratégias com as quais se identifica, pois a valorização da identidade cultural da comunidade é ferramenta indispensável ao desenvolvimento.

A cultura, que antes era conjugada apenas com a organização política-administrativa, passou a ser relacionada com o interior do ser humano. O conceito se enriqueceu e deixou de ser uma definição antropológica e passou a estar relacionada com o desenvolvimento.

Para Singer (1980, p.11-13), “a civilização urbana” se caracteriza pela produção ou captura do excedente alimentar que permite à população dedicar-se a outras atividades que não seja a produção de alimentos, bem como pela criação de instituições sociais e transferência do mais-produto do campo para a cidade.

O desenvolvimento de uma região sempre foi visto como um processo que provém de esferas superiores por meio de investimentos públicos. Devido a promoção da diversidade e da identidade cultural, muitos estados nacionais passaram a defender a elaboração e a execução de novas políticas públicas de cultura, sendo que o desenvolvimento local é condicionado ao crescimento, com vistas à manutenção da identidade local.

O desenvolvimento das cidades, seu crescimento e o aumento da divisão interurbana do trabalho dão origem às metrópoles. Nas metrópoles, segundo Singer (1980), há um conjunto de serviços culturais e especializados que só é possível dado a sua grande densidade populacional, mesmo que somente um número pequeno de pessoas tenha acesso a tais bens. Cabe destacar que cada metrópole apresenta uma diferente “vocação” e deve explorar este aspecto, sendo que esta vocação pode ser determinada pelo acesso aos recursos naturais e pela história (SINGER, 1980).

O conhecimento da cultura local reforça a valorização, bem como o incentivo ao desenvolvimento da região. Assim, o desenvolvimento local encontra-se em várias esferas, tanto da geração de renda como na questão de atitudes e mudanças, mobilizando pessoas e instituições e buscando a transformação da economia e da sociedade local. Entende-se por cultura todas

as ações por meio das quais os povos expressam suas “formas de criar, fazer e viver” (CF 1988, art. 216).

No campo da investigação acadêmica, a cultura tem sido essencialmente um aspecto importante do desenvolvimento, principalmente no contexto das populações e culturas, da promoção da diversidade cultural e de heranças culturais tangíveis e intangíveis.

Não obstante, comenta Miranda (2000), o discernimento sobre identidade cultural vem se transformando ao longo do processo civilizatório, pois a essência do desenvolvimento de uma sociedade em determinado local emana do conjunto de identidades formadoras da cultura de um povo. É em nome da preservação e da promoção da diversidade e da identidade cultural que muitos estados nacionais e instituições transnacionais passaram a defender a elaboração e a execução de novas políticas públicas de cultura.

O Brasil é um país de grande diversidade cultural, pois vários grupos étnicos e sociais participaram da sua formação e ofereceram diferentes contribuições culturais, como os povos portugueses e italianos. A cultura engloba tanto a linguagem quanto a forma, suas crenças, seus saberes e fazeres, sendo um processo de transmissão de valores que se criam ou que se recriam na busca de soluções para problemas que cada sociedade ou indivíduo enfrenta ao longo da existência, sendo o patrimônio cultural, constantemente recriado por grupos em função de seu ambiente, gerando um sentimento de identidade e contribuindo para promover o respeito à diversidade cultural e a criatividade humana.

Por ser o Brasil um país de inúmeras culturas, a construção da identidade não é estável, surge de processos que os indivíduos experimentam ao longo do tempo, sendo às vezes reinventada e renegociada. Pode-se dizer que as sociedades constroem e reproduzem sua identidade através do apego ao seu passado histórico.

Atualmente, notamos o ressurgimento das culturas populares com algumas de suas características regionais modificadas, pois os processos de interação dos diferentes campos de comunicação dão novos formatos às identidades culturais. Miranda (2000) comenta que o discernimento sobre a identidade cultural vem se transformando ao longo do processo civilizatório, pois a essência do desenvolvimento de uma sociedade em determinado local emana do conjunto de identidades formadoras da cultura de um povo.

Identidade é um processo em constante movimento, o que faz com que o indivíduo reconheça a si mesmo como parte de uma identidade coletiva, estabelecendo uma relação essencial entre ele e seu grupo. Portanto, a identidade se constrói dentro de um mecanismo que engloba a consciência de si mesmo e o reconhecimento do outro (BETTIO, 2000).

Sendo assim, a construção da identidade brasileira constituiu-se em um processo histórico, cultural e político, desde a independência, sendo que os esforços para se constituir a identidade brasileira estão ligados à necessidade de cooperação de toda sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este trabalho, ao abordar o patrimônio cultural, a identidade e o desenvolvimento, podemos identificar quem somos e nossa identidade e lembrar nossas origens. Compreender o valor da memória, da identidade e do conhecimento da história, bem como a preservação do patrimônio, torna-se um fator importante na formação escolar visando o desenvolvimento local (DIAS; MACHADO, 2009).

O patrimônio Nacional expressa questões de identidade geográficas e culturais de um povo, sendo que o seu resgate e a revitalização através de políticas públicas contribuem para o revigoramento da memória de um povo. O patrimônio histórico-cultural de um povo ou de um lugar é tudo aquilo que se relaciona com sua identidade, sendo todas as manifestações diferenciais de um grupo, sejam elas materiais ou imateriais. Elas representam simbolicamente as particularidades de um povo e podem estar intrinsecamente ligadas ao seu dia a dia (LEZO; ZANON; MORAES, 2007). Assim, o principal objetivo da preservação do patrimônio cultural é a melhoria da qualidade de vida da comunidade e a garantia do exercício da memória e da identidade de um local.

Ao longo do século XX, entidades internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura (UNESCO), posicionaram-se sobre o assunto, demonstrando que o desenvolvimento não acontece apenas baseado no crescimento econômico, mas que compreende o desenvolvimento em todos os sentidos, englobando o econômico, o social, o político e o patrimônio cultural dos povos.

Durante muito tempo, em um passado recente, não se reconhecia o processo de participação e inclusão dos grupos sociais na construção da cidadania. O termo cidadania se tornou popular e é muito usado por políticos, comunicadores e por outros profissionais que, de alguma forma, interagem no meio social.

O exercício da cidadania plena pressupõe ter direitos e deveres, entendendo-se que esses direitos são fruto de um longo processo histórico que demandou lágrimas e sangue daqueles que lutaram e foram vencidos, mas não esquecidos, estão vivos no presente de cada cidadão através do seu "ir e vir", e de todas as conquistas que abriram caminhos para se chegar a uma humanidade mais livre e justa a cada dia.

A cidadania está em permanente construção e foi conquistada através daqueles que lutam por direitos, liberdade e injustiças contra uma maioria excluída da sociedade. Ser cidadão é ter consciência de que é um sujeito de direitos políticos e sociais e também de deveres, pois o cidadão tem que ter consciência das suas responsabilidades enquanto parte integrante da nação, cujo bom funcionamento depende de cada um contribuir com sua parcela, pois somente assim se atinge o objetivo que é o bem comum.

Concluindo esse artigo, a partir das citações aqui apresentadas e abordadas, entendo que a educação democrática para a cidadania promove o



desenvolvimento que se necessita para termos condições de participar na vida pública e política, fazendo assim nossa história e contribuindo para identidade nacional.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Ângela. **As teorias dos movimentos sociais**: um balanço do debate. São Paulo: Lua Nova, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2016.

BETTIO, Valéria Maria da Silva. **Movimento Brasileiro**: crítica e nacionalismo no Modernismo. Porto Alegre: PUCRS, 2000.

DIAS, R.; MACHADO, G. C. Patrimônio Cultural e Turismo: Educação, Transformação e Desenvolvimento Local. **Revista Patrimônio: Lazer & Turismo**, v. 6, n. 8, out. nov. dez., 2009, p.1-11.

DOIMO, Ana Maria. **A vez e a voz do popular**: movimentos sociais e participação política no Brasil pós-70. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995.

GOHN, Maria da Glória. M. **Reivindicações populares urbanas**. São Paulo: Cortez, 1995.

MANZINI COVRE, Maria de Lourdes. **O que é cidadania?** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MIRANDA, Antonio Lisboa Carvalho. **Sociedade da informação**: globalização, identidade cultural e conteúdos. Ci. Inf., v. 29, n. 2, ago. 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SINGER, Paul. **Dinâmica populacional e desenvolvimento**. São Paulo: Hucitec, 1980.

UNESCO E MINISTÉRIO DA CULTURA. **Patrimônio imaterial**: política e instrumentos de identificação, documentação e salvaguarda. Brasília, 2008.

## **CINEMA E MULTICULTURALISMO: UMA VISÃO DA CULTURA RELIGIOSA SOBRE O ABORTAMENTO<sup>1</sup>**

*Guilherme de Souza Wesz<sup>2</sup>  
Nagielly Cigana Mello<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

O presente resumo expandido tem como objetivo abordar a discussão da prática de aborto de fetos anencefálicos as luzes do direito e da religião, visando uma reflexão sobre o abortamento numa ótica dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico e as influências culturais e religiosas, sendo analisada a partir do documentário *Uma história Severina*.

Dessa forma, o estudo foi dividido em dois momentos, nos quais, foram analisadas de forma apartada as matérias que envolvem o texto. Por primeiro, necessário se faz apontar pontos importantes sobre a obra cinematográfica que nos deu suporte, destacando, também, a influência do cinema como forma didática, quando, esse promove a reflexão sobre os valores sociais nos telespectadores.

Posteriormente, o segundo momento é construído basicamente analisando as relações jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, as influências da cultura e principalmente da religião na prática do aborto. Em relação ao presente estudo, permite-se concluir que a cultura religiosa compartilha de alguns princípios e diverge em outros fundamentos. Porém, a tentativa de uniformização da questão do aborto por parte das crenças religiosas é uma tarefa árdua e praticamente impossível.

**PALAVRAS-CHAVE:** Multiculturalismo – Abortamento – Religião – Direito fundamental – Dignidade da pessoa humana.

---

<sup>1</sup> Resumo expandido elaborado para a IV Mostra de Trabalhos Científicos do IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania, promovido pelo Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões *campus* Santo Ângelo/RS.

<sup>2</sup> Graduando do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo/RS. Email: guilhermewesz@icloud.com

<sup>3</sup> Acadêmica de Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI *campus* Santo Ângelo/RS. Estagiária da 2<sup>o</sup> Promotoria de Justiça Criminal de Santo Ângelo – RS. Email: nagiellymello@hotmail.com.

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O objetivo central é analisar a influência cultural e religiosa nas decisões judiciais que tratam de abortos, bem como, analisar esta prática na visão do direito fundamental, tendo com fulcro a Constituição Federal Brasileira.

A expressão multiculturalismo nada mais é que a coexistência de tipos culturais ou conjunto de grupos que têm uma diversificação cultural, ou seja, grupos formados por culturas diferentes dentro das sociedades na contemporaneidade. Para Kretzmann, “o multiculturalismo é um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global” (KRETZMANN, 2007, p. 15).

Por sua vez, o aborto é um tema antigo e atual, simultaneamente, e ainda, se faz necessário o debate. Em tempos atuais, o assunto aborto traz a tona discussões em prol e contra a prática. Um dos maiores exemplos da temática é o julgamento da ADPF/54, quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que não é tipificado como crime o abortamento de feto anencéfalo. No entanto, existe correntes antiabortistas fundadas na convicção cultural e religiosa que vão de encontro ao posicionamento atual da nossa Corte Superior.

Dessa maneira, o trabalho tem a intenção de averiguar a influência da cultura religiosa no ordenamento jurídico brasileiro quando o assunto é aborto, considerando os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal e o direito da mulher em decidir pelo sobre seu próprio corpo.

## **METODOLOGIA**

A breve pesquisa é descritiva com abordagens bibliográficas, mediante análises doutrinárias (livros, leis e periódicos).

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

O cinema se torna uma ferramenta de educação por meio das temáticas disponibilizadas, sendo um meio de promover a reflexão dos telespectadores. Para Sérgio Nogueira Reis:

É uma forma mais didática de nos colocarmos diante dos valores atuais da sociedade, onde o público pode entender, de forma mais prática e objetiva, os temas da bioética, colocando-os ao lado dos problemas da vida cotidiana, que são debatidos nos jornais e revistas semanais. (REIS, 2007, p. 09).

O documentário Uma história Severina é uma narrativa não ficcional, gravada em 2004 sob a direção de Débora Diniz e Eliane Brum, o documentário nos oferece a oportunidade de sair da abstração para o concreto. Nesse sentido, nos proporciona a oportunidade de recriar valores humanistas.

A película conta a triste história de Severina Ferreira, uma agricultora modesta que tira seu sustento do plantio de brócolis que planta em terras emprestadas, inculta, moradora de Chã Grande, cidade localizada no interior pernambucano, que grávida de um feto anencéfalo e com seu destino modificado pelo Supremo Tribunal Federal, aguardava uma decisão do Poder Judiciário para poder antecipar o parto.

Com 14 semanas de gravidez, Severina alternava a rotina de sua vida entre o hospital e o Fórum da comarca de sua cidade. A ecografia do feto demonstrava claramente que seu diagnóstico era irreversível, e também era o principal argumento que possuía para convencer a Lei Penal de todo sofrimento que viria a passar. Os argumentos dos Ministros do STF naquela época não entendiam a dor de Severina, tampouco faziam referências a um corpo que carregava um feto que viria a óbito no parto, ou minutos após.

Para a interrupção da gestação era necessária uma peregrinação na justiça, como observou Eliane Brum, em *Chega de Torturar Mulheres*:

[...] Em alguns casos, o juiz dá autorização, em outros não, numa zona ambígua que depende das crenças pessoais de quem julga. Às vezes, quando o juiz dá a licença, já demorou tanto tempo, ocorreram tantas idas e vindas no processo, que o bebê nasceu e morreu. Em parte porque, ao descobrir que uma mulher pediu a interrupção da gestação anencefálica, grupos religiosos usam a estratégia de atrasar o processo com recursos como, por exemplo, um "*habeas-corpus* para o feto". A ação, que já é lenta, tarda ainda mais, até que não exista mais o que julgar. Na prática, como todos sabemos (com exceção dos hipócritas, talvez), as mulheres de classe média resolvem a questão buscando clínicas clandestinas de aborto, para não ter de se submeter à demora e às dificuldades de um processo judicial no Brasil. Quem procura a Justiça são as mulheres pobres, que dependem da rede pública de saúde para interromper uma gravidez. (BRUM, 2012).

Para Cervi, fazendo referência à Dworkin, "a vida humana tem um valor sagrado e a questão central consiste em estabelecer que qualquer escolha sobre o nascimento deve ser feita de modo a ser respeitado esse valor". (CERVI, *apud* DWORKIN, 2009).

Juridicamente, no Código Civil brasileiro, em seu artigo 2º, percebemos que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (BRASIL, 2002). Notamos, então, que a divisão inicial para a personalidade começa com o nascimento com vida, no entanto, respeitam-se os direitos do nascituro desde a concepção. Como assegura Almeida Guilherme:

[...] hodiernamente é considerado nascituro, a partir da nidação, que nada mais é que o acoplamento do embrião fecundado na parede uterina, entretanto trata-se de uma expectativa de direito que só virá a ser efetivado no momento em que o embrião nascer com vida (GUILHERME, 2013, p. 48).



Um dos principais fundamentos da nossa Constituição é a *dignidade da pessoa humana*, pois esse reconhece que a pessoa não é apenas um reflexo da ordem jurídica, mas o inverso devendo constituir seu objetivo supremo, isso significa que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade, Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino muito bem observam que:

[...] a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo constitui o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, o sistema de direitos fundamentais, em particular. (CUNHA JÚNIOR; NOVELINO; 2014, p. 14).

O direito à vida, apesar de sua extrema importância e de ser pressuposto para o exercício dos demais direitos, não é de caráter absoluto, pois, poderá sofrer restrições em seu âmbito de proteção, como são as situações de pena de morte para casos de guerra declarada (conforme o inciso XLVII, alínea “a” do artigo 5º da Constituição Federal). Existem também outras hipóteses de restrições na proteção à vida que não estão elencados na Carta Magna, mas que são consideradas legítimas, uma vez que, são protegidas por princípios de hierarquia constitucional, são exemplos as excludentes de ilicitude, previstas no artigo 23 a 25 do Código Penal, que são formas de intervenção legítimas no âmbito de proteção do direito à vida de forma infraconstitucional e o amparo ao aborto legal, que possui previsão no artigo 128 do Código Penal. No entanto, o nosso Estado ampara a vida a partir de sua formação, porém, em alguns excepcionais casos, em referência às possibilidades que o Código Penal brasileiro traz, poderá autorizar o aborto. Moreira Filho nos esclarece que:

Em casos de aborto necessário, são as denominadas *causas de justificação* que consideram lícita a conduta do médico que realiza o aborto quando não existe alternativa para salvar a vida da gestante, também ocorre no caso de a gravidez resultar de estupro, conhecido por aborto criminológico ou humanitário. [...] O STF em 11 e 12 de abril de 2012, por 8 votos a 2, decidiu que aborto de feto sem cérebro não é crime. Reconheceu assim, o direito de as grávidas anteciparem o parto no caso de feto não ter possibilidade de viver após o nascimento devido a falta de partes do cérebro. (MOREIRA FILHO, 2013, p. 228-231).

No entanto, foi com a modernidade e a proclamação de um Estado laico que surgiu uma pluralidade de religiões e de crenças morais. Católicos, evangélicos, espiritistas, umbandistas, entre outros, convivem de forma pacífica em sociedade, mas quando o assunto é aborto o posicionamento das diversas religiões forma uma barreira com convicções distintas. Além disso, no âmbito interno de toda religião há o pensamento íntimo de cada fiel, o que acaba por

criar uma pluralidade moral, acarretando em discussões divergentes sobre determinados assuntos dentro da mesma crença religiosa.

A igreja católica tem como sanção para o aborto a excomunhão, que faz com que se retire essa pessoa do convívio religioso. Para as igrejas protestantes (batista, luterana, presbiteriana, unitária e metodista) a prática do aborto também é reprimida, porém há uma maior flexibilização com relação ao aborto se comparado à igreja católica. Os protestantes se diferenciam pelo respeito dado à mulher, onde se houver risco de vida simultaneamente entre a vida da mãe e do feto, aquela possui direito de escolha. Os espíritas também encaram o aborto como crime, mas pela razão de ser este uma afronta aos propósitos de Deus. Para o espiritismo, a alma em seu estado de espírito sempre existiu e passa para outro corpo após a morte, no que é chamado reencarnação. Por conseguinte, com a prática do aborto não ocorre o fim de um ser, apenas a frustração de uma alma em um corpo que foi rejeitado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, nota-se que a discussão da prática de aborto de fetos anencefálicos em uma sociedade Multicultural como o Brasil, está ainda longe de ser pacífica. Isso acontece pelo fato de haver várias culturas religiosas, que tem todo o direito de orientar e manifestar suas concepções aos seus fiéis e seguidores.

Contudo, faz-se necessário que os julgadores e legisladores ao exercerem suas atividades jurisdicionais estejam livres de quaisquer dogmas religiosos, não se deixando influenciar por crenças e misticismos.

Na ótica da religião o aborto anencefálico é um considerado pecado, sendo o autor da conduta espiritualmente punido, pois do direito a vida, somente o Criador poderia dispor. Já o direito, é uma ciência completamente distinta, voltada para o bem geral de uma sociedade, sem beneficiar grupos da sociedade ligados a princípios religiosos, morais ou filosóficos.

Dessa forma, atribuir culpabilidade ao agente que pratica aborto anencefálico para não ferir princípios religiosos, seria o mesmo que impor religião aos cidadãos, sendo incabível dentro de um Estado Laico, como o Brasil. Conclui-se que a atual posição jurídica brasileira de não culpar o aborto anencefálico é a mais coerente, pois deixa ao livre arbítrio da gestante em optar ou não pelo prosseguimento da gestação, onde poderá levar em conta seus próprios princípios religiosos, morais e filosóficos, o qual varia de gestante para gestante.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº. 10.406/2002. **Código Civil Brasileiro**. 6ª Ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.



BRUM, Eliane. **Chega de torturar mulheres.** Revista Época. Online. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/04/chega-de-torturar-mulheres.html>

CERVI, Taciana Marconatto Damo. O abortamento: Direito Fundamental? In: SANTOS, André Leonardo Copetti. & DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Coord.). **Diálogos e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.** Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

CUNHA, Dirley Júnior. NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos.** Salvador: JusPodivm. 2014.

GUILHERME, Luiz Fernando de Almeida. **Código Civil Comentado.** São Paulo: Rideel. 2013.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado.** 3 ed. São Paulo: Rideel. 2013.

KRETZMANN, Carolina Giordani. **Multiculturalismo e diversidade cultural: comunidades tradicionais e a proteção do patrimônio comum da humanidade.** Caxias do Sul. 2007. Online. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp067624.pdf>

REIS, Sérgio Nogueira. **Bioética no Cinema.** 1ª Ed. Campinas. Bookseller. 2007.

## **OS REFUGIADOS E OS DESAFIOS IMPOSTOS AO ESTADO E À COMUNIDADE INTERNACIONAL**

*Guilherme Henrique Tavares Diniz<sup>1</sup>  
Orientadora: Sinara Camera<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho é dividido em duas seções, a primeira faz um resgate histórico de acontecimentos pertinentes ao processo de construção dos direitos humanos assim como a descrição dos mesmos, para respaldar a proteção específica aos refugiados pelos Estados, pela comissão internacional e seus mecanismos específicos. Ainda que em fase inicial a pesquisa, pode-se concluir que a questão dos refugiados é um desafio para os Estados e para a comunidade internacional, pois apesar de haver uma regulação e mecanismos de proteção, os contextos fáticos têm se apresentado de forma persistente e em uma perspectiva de continuidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Refugiados; Direitos Humanos; Mecanismos de proteção.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A problemática atinente aos refugiados é tema atual e de relevância para os Estados e para a comunidade internacional que comungam dos ideais de sua proteção, reconhecendo a sua condição de vulnerabilidade. A delimitação temática, proposta na presente pesquisa, avança na concepção contemporânea dos direitos humanos, juntamente com o desenvolvimento do sistema global como fundamentos para a proteção dos refugiados, para viabilizar a análise dos mecanismos atuais de proteção destinados ao referido grupo. Portanto, o principal objetivo geral do presente trabalho é pesquisar a atuação e a instrumentalização da comunidade internacional para a proteção dos refugiados, no contexto migratório atual.

### **METODOLOGIA**

A pesquisa tem natureza teórica e finalidade explicativa. Os dados gerados serão analisados qualitativamente por documentação indireta,

---

<sup>1</sup>Acadêmico do 4º Semestre do Curso de Graduação em Direito. Bolsista do Projeto de Pesquisa Estado, Direitos Humanos e Cooperação Internacional, coordenado pela Professora Dr.<sup>a</sup> Sinara Camera, desenvolvido no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. E-mail: guilherme\_diniz7@hotmail.com.

<sup>2</sup> Orientadora. Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPANHA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (MILA/UFSM/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: aiacamera@hotmail.com

bibliograficamente. O plano de análise é encaminhado pela abordagem dedutiva, com procedimentos secundários históricos e comparativos, a pesquisa não foi feita em instituições específicas.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Apesar de compreendidos como direitos naturais, e inerentes ao ser humanos, os direitos humanos passaram a ser a principal temática da comunidade internacional, somente no século XX. A internacionalização dos direitos humanos surge no cenário do pós-guerra, quando inúmeras desumanidades foram cometidas contra a raça humana. Antes, não havia qualquer limitação à atuação dos Estados, portanto estes poderiam agir, pela soberania, da forma que desejassem para com os indivíduos.

No dia 10 de dezembro de 1948 se reuniram 48 países que se consideravam estados entre si, estes adotaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A DUDH introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos, que se fundamenta em dois conceitos-chave: a universalidade e a indivisibilidade desses direitos. A universalidade diz respeito ao alcance dos direitos humanos, que tendem a ultrapassar as soberanias estatais, não mais se restringindo a cada Estado proteger estes direitos. Afirma-se o dever de todos os seres humanos e Estados nessa promoção. Já a indivisibilidade indica a interdependência entre todos os direitos, sejam sociais, políticos, civis, econômicos, culturais ou religiosos. O único requisito para ser titular desses direitos é ser humano (PIOVESAN, 2013).

Após a DUDH, foram criados dois documentos fundamentais à especificação de quais seriam os direitos humanos referidos na mesma: o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Feitos o reconhecimento e a positivação, cria-se um cenário extraordinário para os seres humanos, que se tornam sujeitos ativos, figuram como preocupação fundamental, acima da soberania, costumes, crenças, e das relações econômicas. É inquestionável a existência desse cenário, contudo emana a necessidade da sua efetivação plena através de instrumentos garantidores de eficácia real, um deles, o sistema global (PIOVESAN, 2013).

Da esfera internacional, compreendem-se dois instrumentos principais, o sistema global formado pela ONU, e os sistemas regionais dos quais se destacam o africano, europeu e interamericano. O fundamento do sistema global é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. No que tange ao aspecto geral do sistema global, a Carta Internacional de Direitos Humanos ou a *International Bill of Rights* é formada pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A especialidade do sistema global abrange as convenções compostas por mecanismos de proteções a direitos, (os relatórios elaborados pelos Estados que as ratificaram mais conhecidos como Estados-Partes), juntamente com um tribunal, de última

instância, o Tribunal Penal Internacional (CULLETON; BRAGATTO; FAJARDO, 2009).

Mais tarde, houve a reiteração da Declaração Universal de 1948, pela Declaração de Direitos Humanos de Viena em 1993, tornando-se de fato universal pela quantidade de países que ratificaram. A Declaração de Viena e o Programa de Ação formam um instrumento, que teve como principais pontos positivos reanalisar princípios básicos da concepção contemporânea dos direitos humanos, estabelecidos pela DUDH e a legitimação a nível universal e sem reservas dos instrumentos de direitos humanos internacionais, tudo isso aconteceu no consenso de 171 Estados (BENVENUTO, 2003).

Apesar de os Estados nacionais, serem os agentes principais na proteção aos direitos humanos, possuindo, assim, a responsabilidade primária, à comunidade internacional cabe atuar de forma secundária quando o Estado não atua na proteção, ou pratica a violação. Nesse sentido está o desenvolvimento da proteção internacional em relação aos refugiados.

A questão dos refugiados existe desde o século XV, porém a proteção por meio de normas internacionais só apareceu na segunda década do século XX. O motivo pelo qual, normais internacionais só foram desenvolvidas de forma concreta neste século é que em todos os casos, o problema dos refugiados foi tratado como pontual, que logo findaria como ocorrera no passado. Porém é interessante trazer a tona que antes do século XX, o número de indivíduos refugiados que era considerado em milhares, passou para milhões, e por ocasião de não haver numa norma internacional sobre o tema, cada Estado agia da forma que desejasse, estipulando regras próprias para entrada no seu território e na maioria das vezes não concedendo refugio, àqueles seres humanos que chegavam em numerosos grupos, sem qualquer quantidade monetária ou condição de sobrevivência digna. (JUBILUT, 2007).

No que tange às normativas internacionais para a proteção dos refugiados tem-se a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, ambos relativos ao Estatuto dos Refugiados, daí o início efetivo da sistematização internacional de proteção. A partir daí, reconhece-se o *status de refugiado* ao indivíduo que sofra perseguições, pelo seu Estado de origem ou de residência, por questões relativas à raça, à nacionalidade, à religião, à opinião política ou mesmo à pertença a determinado grupo social. Já o asilo limita-se à perseguição política. (JUBILUT, 2007)

Por ser redigida em conformidade com o Direito Internacional clássico, o qual tem a soberania como princípio absoluto, por suas limitações e surgimento de grupos que não se enquadravam na sua definição restritiva, foi aderido o Protocolo de 1967, este aboliu as reservas geográfica e temporal, conferindo maior amplitude e abrangência à definição, mas não fomentou a discussão da classificação de refugiados, permanecendo a limitada caracterização baseada na violação de direitos civis e políticos, isso se deve ao medo dos Estados desenvolvidos de uma ampliação do número de refugiados. Para efetivar, no nível universal, a proteção aos refugiados instituiu-se em 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados [ACNUR]. Conforme seu Estatuto, é um trabalho puramente humanitário e apolítico, visa providenciar

proteção internacional, buscar soluções permanentes para o problema dos refugiados e eliminar as causas do êxodo dos refugiados. (ONU, 1950).

Atualmente, estima-se que mais de 65 milhões de pessoas estão dentro do interesse do ACNUR, entre solicitantes de refúgio, refugiados, apátridas, deslocados internos e repatriados. Estas populações estão distribuídas em todos os continentes(ACNUR, s.d.).

O ACNUR estabelece [...]que perseguição é qualquer ameaça à vida ou à liberdade, devendo ser auferida tanto por critérios objetivos como por critérios subjetivos. Desse modo, pode-se dizer que há perseguição quando houver uma falha sistemática e duradoura na proteção de direitos do núcleo duro de direitos humanos, violação de direitos essenciais sem ameaça à vida do Estado, e a falta de realização de direitos programáticos havendo os recursos disponíveis para tal. (JUBILUT, 2007, p. 46).

A delimitação das pessoas que estão sobre a proteção do ACNUR, está no seu estatuto. Inicialmente, restringia-se aos refugiados, mas com a evolução da temática, incluíram-se os deslocados e outros determinados como de interesse do ACNUR, isto é, pessoas que se encontram em situação semelhante a dos refugiados. Nesta perspectiva, a extensão do mandato do ACNUR quanto ao conceito refúgio, abarca duas questões de notoriedade, os deslocados internos<sup>3</sup>, e os refugiados ambientais<sup>4</sup>. Além da fiscalização e assistência, com o objetivo de atualizar e adaptar as regras do Direito Internacional, o ACNUR apresentou uma nova estratégia:

Trata-se da *Convention Plus*, que (...) foca em três prioridades: “uso estratégico do reassentamento como uma ferramenta de proteção”; “ênfase mais efetivo no auxílio ao desenvolvimento” e “clarificação das responsabilidades dos Estados em casos de movimento irregular secundário”, que vem a ser a mudança irregular de um refugiado do Estado que o acolheu para outro. (JUBILUT, 2007, p. 162).

Por fim, das agências e órgãos criados para organizar a proteção internacional dos refugiados na história, o ACNUR é o que obteve maior sucesso no seu propósito, isso se fundamenta pelo recebimento de dois Prêmios Nobel da Paz (1954 e 1981), por permanecer ademais de sua data limite, pela criação de instrumentos jurídicos universais de proteção aos refugiados e, sobretudo, por caminhar junto à evolução da problemática dos

<sup>3</sup> Entende-se por Deslocados Internos pessoas que, por forças alheias as suas vontades, deixam seus lares, para proteger suas vidas, e buscar proteção em outra parte do território dentro do seu próprio Estado. Segundo a ONU o número de refugiados no mundo está diminuindo desde 2001, ao mesmo tempo em que o número de deslocados internos vem aumentando (JUBILUT, 2007).

<sup>4</sup> Refugiados Ambientais são “as pessoas que fugiram de suas casas por causa de mudanças ambientais que tornaram suas vidas ameaçadas ou insustentáveis [...]”. A ONU aponta que até o ano 2050 existirão 150 milhões de pessoas nessa condição e que o número atual de “refugiados ambientais” já é equivalente ao de refugiados (DERANI, 2006).



refugiados, de forma a adaptar-se as novas questões, trazendo soluções e resposta acertadas ao tema. (JUBILUT, 2007).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio centrou-se na temática da produção normativa e da implementação de mecanismos para a proteção dos refugiados pela comunidade internacional e pelos Estados. Ao longo das análises buscou-se responder à pergunta que vem norteando a investigação: como a comunidade internacional vem se instrumentalizando para atuar na proteção dos refugiados? Para tanto, foram trazidos referenciais bibliográficos e documentais que viabilizassem compreender o desenvolvimento histórico dessa proteção, bem como a situação atual.

Dessa forma, é de extrema importância a compreensão de que os aspectos gerais e especiais do sistema global visam à garantia da proteção dos direitos humanos, independentemente do seu reconhecimento pelo Estado que pratique a violação em relação ao indivíduo ou grupo de indivíduos. Em se tratando de direitos humanos, extrapola-se o domínio reservado dos Estados, que possuem responsabilidade primária nessa proteção, e oferecem à comunidade internacional a capacidade de atuar de forma secundária.

Nesse sentido está a proteção de grupos de reconhecida vulnerabilidade como os refugiados, cuja situação avançou em proteção, notadamente a partir da segunda metade do século XX. A problemática, sempre tratada como algo que logo iria terminar, perdurou e se intensificou de tal forma, que hoje existem pessoas em situações análogas a de refugiados, isso comprova a necessidade de ampliação do termo, como também do reconhecimento desses novos grupos, que de fato não sofrem perseguição, mas necessitam de proteção. A importância do ACNUR é provada no tempo de sua existência, seus esforços vão além das ações programáticas previstas em seu estatuto, de forma a criar novos meios de proteção para ampliar o alcance da proteção, como também a garantia do mínimo existencial alicerçado na dignidade da pessoa humana.

É pertinente ressaltar que, no que tange ao Direito Internacional dos Refugiados, a relevância da atuação da sociedade civil diante do mundo globalizado, isso se dá pelo fato de que, a cada dia, a temática dos refugiados é ampliada em números de indivíduos em situação de refúgio. Além disso, a sua difusão e a compreensão de sua importância, vem sendo amplificada nos espaços acadêmicos e políticos. Ainda que em fase inicial a pesquisa, pode-se concluir que a questão dos refugiados é um desafio para os Estados e para a comunidade internacional, pois apesar de haver uma regulação e mecanismos de proteção, os contextos fáticos têm se apresentado de forma persistente e em uma perspectiva de continuidade.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **Breve histórico do ACNUR.** Disponível em: <[www.unhcr.org](http://www.unhcr.org)>. Acesso em: 09 nov. 2015





BENVENUTO, Jayme. **Manual de Direitos Humanos Internacionais**. São Paulo: Loyola, 2003.

CULLETON, Alfredo; BRAGATTO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DERANI, Cristiane. Refugiado ambiental. **Dicionário de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

ONU. Assembléia Geral. **Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. 1950.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

## **A TEORIA DO REENCONTRO MEDIADO COMO MÉTODO PARA TRABALHAR O CONFLITO<sup>1</sup>**

*Ma. Janete Rosa Martins<sup>2</sup>  
Raul Bohnenberger Mallmann<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

Constata-se que a litigância judicial não trabalha o conflito por haver certo problema de linguagem. Assim, analisamos um método que possibilita a interação com todas as representações, por meio da teoria do reencontro mediado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Linguagem, Representações, Mediação, Amor.

### **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada nesta pesquisa abrange o modo de análise prioritariamente hipotético dedutivo; o método de procedimento envolverá a pesquisa bibliográfica e, no que se refere à técnica da pesquisa, foi utilizada documentação direta e indireta.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A linguagem como importante componente de aprimoramento e entendimento do ser. Mas também como importante meio de entendimento desta no sistema jurisdicional, o qual seletiva as representações mais importantes para resolver o problema. Acontece que essa resolução não comporta o verdadeiro objeto a ser trabalhado: o restante das representações que influenciam o sujeito. Aborda-se então outro sistema de resolução do conflito, que tratá-lo através do amor.

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Para Heidegger a linguagem merece ser tema de importância porque ela nos conduz “a nós mesmos para o lugar de nosso ser, de sua essência” (HEIDEGGER, 2003, p. 8). O autor alemão explica a essência da linguagem como aquela encontrada na fala, e esta por sua vez seria, além de uma atividade mecânica – por assim dizer – do corpo, mostraria a “comunicação

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido juntamente ao Projeto de Pesquisa de Iniciação Científica: “**A Efetivação da Justiça no Âmbito Social – As Ações Afirmativas Mediação e Justiça Restaurativa**”.

<sup>2</sup> Doutoranda em Ciências Sociais pela UNISINOS – São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela UNISC – Santa Cruz do Sul, professora do Curso de Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS – pesquisadora em Mediação. E-mail: janete@urisan.tche.br

<sup>3</sup> Graduando do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. E-mail: raulbohnberger@gmail.com

sonora de movimentos da alma humana” (HEIDEGGER, 2003, p. 10). Como exemplo da fala da linguagem, Heidegger destrincha um poema em seu livro e elucida que o importante daquele poema, apesar da sequência rítmica das palavras do modo como dispostas, que uma leitura em sentido literal sem o senso de imaginação não traz o real sentido da mensagem projetada pelo criador do poema (HEIDEGGER, 2003, p. 12-15).

Luis Alberto Warat, por sua vez, trata a linguagem *stricto sensu*, ou linguagem da prosa fática – relacionada à objetividade científica – como algo antagônico ao sentimento, igualmente denominado como linguagem da poesia. Nesse plano, explana ele “que a linguagem da ciência tem grandes méritos” (WARAT, 2014, p. 28), mas pelo excesso de méritos que a ela são atribuídos hodiernamente, o amor passa a “ser reduzido a um simples acontecimento biológico” (WARAT, 2014, p. 28).

Busca-se estabelecer um norteador ao significado da linguagem para então inseri-la na problemática jurisdicional. Utilizando de Hommerding e Lyra quando citam Heidegger: o Direito desde a modernidade vige sob a áurea do tecnicismo, que objetiva-o. Ainda na mesma seara, abordam que o jurista, como regra, trabalha no entendimento de que o direito condiz com o tecnicismo científico, e por esse preceito se submete ao positivismo que dogmatiza o discurso jurídico. A objetivação da linguagem, dentre as desvantagens desse processo desvirtuoso, faz com que ela passe a ser considerada mero objeto de interposição sujeito-objeto, desvalorizando por outro lado a comunicação, que ao invés de também influir no direito, fica estagnada no mundo das representações (HOMMERDING, LYRA, 2016, p. 26 e 27).

Salomon Stricker, trata das representações como oriundas de dois planos: a primeira hipótese condiz com aquelas que surgem do “depósito de representações passadas”, que o autor prefere chamar de “saber potencial”, originando um “saber vivo”, um novo pensamento; esse saber vivo que nasce da combinação do resguardo das representações em um depósito também pode ser originado – agora falando da segunda hipótese – momentaneamente, independentemente de qualquer lembrança, ou seja, de um “saber atual”. As duas hipóteses de representação, fazendo referência ao modo da consciência trabalhá-las de forma uníssona, estão divididas no grupo das palavras e no grupo demais representações (STRICKER, 2007, p. 9-12). Quanto àquele grupo, preceitua Stricker que “as palavras são para nós sinais, e que para estes sinais se entendam, é preciso que se lhes enlacem outras representações diferentes” (STRICKER, 2007, p. 13) – o enlace entre palavras e representações ganha o nome de “complexo fundamental” (STRICKER, 2007, p. 16).

Dando sequência ao pensamento de Hommerding e Lyra, a abstração formal da linguagem jurídica, através do discurso jurídico sujeito-objeto, fez vigorar no Brasil o senso-comum-teórico<sup>4</sup> dos juristas, que se consagra na

---

<sup>4</sup> Warat utiliza o mesmo termo quando fala da mediação como paradigma, em um artigo que escreveu em Julho de 2001: “lo que aqui se esta llamando de paradigma coincide, em gran medida, a lo que yo vengo insistentemente llamado desse mas de veinte años de “sentido común teórico”, em este caso, no del Derecho sino de toda el conjunto de representaciones

“coisificação” do homem por um procedimento formal conivente daqueles métodos positivo-objetivistas, que decorrem na “interpretação e aplicação do Direito e esquemas de pensamento que alienam a realidade social” (HOMMERGING, LYRA, 2016, p. 61)<sup>5</sup>. Essa alienação também pode ser chamada de retórica por “falácia formal” – falácia no caráter científico – que se “caracteriza al conjunto de creencias y opiniones, psicológicamente persuasivas, cuando es la invoca como fundamentación de una afirmación e confusión” (WARAT, 2004, p. 416). Assim:

““las falacias formales” se desenvuelven inicialmente a nivel de las creencias de los receptores, partiendo de lo probable o teniendo como punto de partida ciertas convicciones profundas de los interlocutores, que no quieren aceptación racional, sino mera adhesión emocional, muchas veces irracional o simplemente no perceptible porquienes las han internalizado” (WARAT, 2004, p. 417).

O entendimento de que a linguagem da prosa fática – de onde deriva a razão normativa – vigora sobre a linguagem da poesia ao ponto de ignorá-la é praticamente a síntese do que busca o mediador -prevenir, ou, até por assim dizer, suprimir. É nesse viés que ele entende o argumento de afirmação como produtor de “violenta agressão” (WARAT, 2004, p. 17), e que “é preciso sair das prisões das palavras par encontrar-se consigo e com os outros” (WARAT, 2004, p. 22). Quanto à inserção da linguagem da poesia no Direito, fala o autor que:

há uma sabedoria que não aceita mais, como exclusiva, a razão normativa, e começa a pensar nos Direitos, em uma rede de múltiplas dimensões ocupadas com a qualidade de vida. E uma sabedoria que começa a dizer aos juristas que razão das normas basta para satisfazer os desejos de realização da autonomia, ou como se falava na modernidade, da emancipação (WARAT, 2004, p. 53).

O grande infortúnio do sistema jurídico, para Warat, se dá porque encara os problemas como litígios, e não como reais conflitos (WARAT, 2004, p. 61), resultando na renúncia às “demais representações”. Ocorre que as demais representações compõem também o ser e a alteridade. Por esse entendimento menciona-se que:

Falta no direito uma teoria do conflito que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como

---

construtivas de la totalidad que llamamos construcción social de la realidad” (WARAT, 2004, p. 385).

<sup>5</sup> Na primeira parte desse parágrafo, à título de nota bibliográfica para futuros trabalhos acadêmicos, Hommerding e Lyra fazem menção às bibliografias de: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; WATAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei. Temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Fabris, 1994, p.15; ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2010. p. 24-27.

produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outridade (*sic*) que permita administrar, de modo diferente a diferença (WARAT, 2004, p. 61).

A administração do conflito pode ser feita pela mediação extrajudicial através da “teoria do reencontro mediado” (TRM). A teoria mencionada pretende atingir o interior do consciente humano, criando a criatividade necessária para atingir-se o amor (WARAT, 2004, p. 70). O processo de conversão da individualidade em amorosidade pressupõe atingir saber potencial, porque este auxilia na exteriorização do saber atual. Logo, a TRM trabalha o conflito, diferente do sistema jurisdicional, pelo uso de todas as externalizações das representações através da linguagem poética, do amor. Mas como amor tem influência nas relações sociais?

Tratando dos sentimentos, Bauman, no livro “Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços amorosos”, discute a diferença entre o amor, o desejo e os impulsos quanto à ordem cronológica – o primeiro se auto perpetua, enquanto o segundo e o terceiro autodestroem-se – e também quanto à especificidade de cada qual: o desejo distingue-se do amor porque este busca conservar o objeto, mantê-lo, e se for possível até resguardá-lo; ao contrário do desejo, que se corporifica no desejo do consumo e no descarte; quando o processo de desejo se converte em um estímulo que posteriormente enseja o descarte momentâneo, trata-se então de um impulso. Esta distinção é importante porque atualmente o tempo é cada vez mais curto devido à volatilidade do mercado de consumo que estimula o consumismo – algo presunçoso ao cotidiano dos cidadãos que vivem neste meio –, e por tal argumento, ainda parafraseando o autor, não se concebe o desejo; e logicamente mais ainda constrange-se o compromisso com o amor, visto que a satisfação momentânea demanda menos tempo para ser efetivada (BAUMAN, 2014, p. 24-27).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o tecnicismo vigente na modernidade trouxe grandes progressos, mas também trouxe apreensão quanto ao amor e demais sentimentos influentes nas relações sociais – declinando o poder jurisdicional ao uso da linguagem objetiva. Comparando o amor a um mero sintoma biológico, perde-se a capacidade de trabalhar o conflito como algo necessário e bom para os indivíduos. A mediação extrajudicial formulada pela TRM serve para revigorar a linguagem da poesia nas representações do(s) interlocutor(es), tratando o conflito e suprimindo as carências do sistema jurisdicional que busca resolver litígios.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.



HEIDEGGER, Martin. **O caminho da linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Direito penal e hermenêutica**: uma resposta constitucional ao estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016.

STRICKER, Salomon. **Fisiologia do direito**. Sorocaba: Minelli, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: ofício do mediador. v. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

## **PERSPECTIVA MULTICULTURAL PARA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL POR MEIO DA EDUCAÇÃO**

*Jucelma de Cássia Camara Tolotti<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

Na atualidade, temas relacionados ao meio ambiente fazem parte do cotidiano das pessoas, sendo buscadas maneiras de utilização dos recursos naturais de modo a possibilitar que as gerações futuras também o façam. Para isto, numa visão multicultural, a educação ambiental torna-se ferramenta indispensável. Este estudo objetiva analisar esses assuntos, através do método de pesquisa qualitativo, baseado em análise bibliográfica. Assim, constatou-se a necessidade do ser humano interagir com o meio ambiente de modo equilibrado e sustentável e, concluiu-se que a educação possibilita essa conscientização, permitindo a preservação ambiental, com um pensamento interdisciplinar dos saberes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conscientização. Meio Ambiente. Sustentabilidade.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Na sociedade atual, devido ao desconhecimento ou inconscientemente vem ocorrendo a interferência desequilibrada do ser humano no meio ambiente para produção e desenvolvimento de produtos, visando suprir o consumo exacerbado das pessoas. Agindo desta maneira, tanto na produção quanto no consumo há uma depreciação ambiental em grande escala. Em contrapartida, os recursos naturais disponíveis são esgotáveis.

Neste sentido, surge a necessidade de repensar a forma de agir humano sobre o meio ambiente, quanto ao modo de utilização dos recursos naturais, percebendo-se que há quase uma obrigação, tanto no desenvolvimento e uso de métodos sustentáveis nos sistemas de produção, bem como, na conscientização acerca da comercialização e consumo de produtos, pois as consequências ocasionadas ao meio ambiente vão ditar os rumos daqueles que ainda não existem.

Diante disto, a responsabilidade do agir humano sobre o meio ambiente no presente vai refletir nas gerações futuras e, ainda mais, enquanto, considerar-se que este é o ser com possibilidade de discernimento que habita o planeta.

### **METODOLOGIA**

Do ponto de vista metodológico a pesquisa desenvolveu-se pela organização de material didático. O método de abordagem adotado no seu

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da URI - Universidade Regional Integrada - Campus Santo Ângelo. E-mail: jcctolotti@gmail.com

desenvolvimento foi o qualitativo, enquanto que o método de procedimento foi o analítico. No decorrer da pesquisa, procurou-se discutir o assunto objeto de estudo, aferindo-se a preservação ambiental dentro de um enfoque econômico, social e ambiental. Em termos de técnica de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental relacionada ao tema proposto.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A compreensão sobre a necessidade de preservação dos recursos naturais envolve alteração comportamental que não se restringe à formulação de conceitos a serem observados, mas que, sobretudo impõem ações necessárias à implementação de um desenvolvimento sustentável, bem como, a mudança de comportamentos da sociedade, tendo-se como ponto de partida a conscientização de cada cidadão.

Neste sentido, a preservação ambiental depende tanto dos avanços da ciência, da política, da economia, como também da forma de pensar o planeta numa perspectiva multicultural. Na visão de Morin (2003, p. 64) “o planeta exige um pensamento policêntrico capaz de apontar o universalismo, não abstrato, mas consciente da unidade/diversidade da condição humana; um pensamento policêntrico nutrido das culturas do mundo”.

O que agrava a dificuldade de conhecer nosso Mundo é o modo de pensar que atrofiou em nós, em vez de desenvolver, a aptidão de contextualizar e de globalizar, uma vez que a exigência da era planetária é pensar sua globalidade, a relação todo-partes, sua multidimensionalidade, sua complexidade – o que nos remete à reforma do pensamento [...] É a complexidade (a cadeia produtiva/destrutiva das ações mútuas das partes sobre o todo e do todo sobre as partes) que apresenta problema. Necessitamos, desde então, conceber a insustentável complexidade do mundo no sentido de que é preciso considerar a um só tempo a unidade e a diversidade do progresso planetário [...]. (MORIN, 2003, p. 65).

Considerando-se essa ideia, percebe-se que é requerida uma interdisciplinaridade entre os vários setores da sociedade. Assim, para haver preservação dos recursos naturais, o desenvolvimento econômico deve ser baseado na sustentabilidade. Para isto é necessário que o ser humano tenha noção sobre sua interferência no meio ambiente. Neste aspecto, visualiza-se que a ligação entre a conscientização humana e o desenvolvimento econômico sustentável passa pela educação.

Nessa perspectiva, a sociedade sustentável não deve ter somente a visão econômica, mas buscar estratégias para um desenvolvimento conservativo, preconizando novas formas de produção com base nas potencialidades ecológicas de uma região, convivendo com a diversidade multicultural da população, ou seja, um desenvolvimento de autogestão e preservacionista.

Neste mesmo sentido é a manifestação do Vaticano, sobre o tema meio ambiente e desenvolvimento. Através da encíclica Laudato Si' o Santo



Padre Francisco considerando o cuidado com a “Casa Comum”, revela sua inquietude: “o urgente desafio de proteger a nossa Casa Comum inclui a preocupação de unir toda a família humana na busca de um desenvolvimento sustentável e integral, pois sabemos que as coisas podem mudar”. (PAPA FRANCISCO, 2015, p.12).

Desta manifestação pode-se inferir que o Papa salienta a necessidade de renovação do modo de construção/evolução do planeta e da responsabilidade não só individual, mas de todos para com o futuro.

Corroborando esta ideia e, com uma acepção multicultural Appiah (1998, p. 174) comenta que “se criarmos uma cultura que nossos descendentes irão querer continuar, a nossa cultura irá sobreviver neles. [...] Temos em nosso poder, até certa medida, tornar os nossos em tipos de pessoas que irão querer continuar nossa cultura”.

Nesse sentido, o pensamento guia para superar problemas ambientais criados pela modernidade é tornar o cidadão consciente e efetivar medidas, valorizando a subjetividade humana e a identidade de cada ser. Havendo ações nesta direção, pode-se ter uma adequada interação entre o ser humano e o meio ambiente, que possibilite o equilíbrio das relações e a continuidade da vida na Terra.

Além disso, é possível se afirmar que para haver a concretização dessas ações é necessário fazer-se a associação das ideias de solidariedade para com o outro, cidadania e responsabilidade para com as gerações presentes e futuras.

Neste exame, a solidariedade pode ser observada pelo viés da cidadania. O cidadão solidário é aquele que, sendo o ser possuidor de legitimidade para agir, busca em suas ações respeitar a diversidade cultural do “outro”, reconhecendo, dialogando e tolerando o seu semelhante, para com este, conviver bem. A partir deste reconhecimento “além de si” e, sendo reciprocamente reconhecido e aceito pelo “outro”, surgem vínculos de solidariedade que perpassam a dimensão social e podem atingir os laços do ser humano com o meio ambiente natural.

Neste sentido, deve-se considerar que o agir humano tem consequências conhecidas ou nem sequer esperadas. Desta forma, a prática de um ato ou procedimento requer sua verificação moral, devendo-se analisar se ele produz realmente o bem para todos. Por este viés, Kymlicka (2006, p. 14) explica que “o melhor ato em termos morais é aquele que maximiza o bem-estar humano, dando igual peso ao bem-estar de cada pessoa”.

Por este enfoque, a noção de cidadão consciente assume um aspecto de responsabilidade, ou seja, as práticas cotidianas do cidadão responsável deverão ser revestidas de cuidado para com o todo, no momento presente e, para com as gerações que estão por vir, respeitando as diversidades locais e regionais e possibilitando a sustentabilidade global.

Desse modo, percebe-se que os fundamentos de sociabilidade e de sustentabilidade estão relacionados, especialmente, com a educação, seja esta desenvolvida no ambiente formal escolar, assim como no cotidiano das pessoas. Através dela torna-se possível o indivíduo ter consciência das

sequelas de suas escolhas e da prática de seus atos sobre o meio ambiente e, sendo assim, a educação proporciona a ele ter noção se suas atitudes são benéficas ou não para proporcionar o bem-estar a todos.

Na explanação de Dill (2008, p. 65), “a corrente da sustentabilidade, centrada na educação ambiental é uma ferramenta, entre outras, para concretização do desenvolvimento sustentável”.

Para formar uma consciência ecológica, através da educação ambiental é necessária desenvolver uma maneira minuciosa e interdisciplinar de observar o meio ambiente. Assim, uma sustentabilidade baseada na educação, tem como possibilidade viabilizar ações que priorizem as necessidades de cuidado com o meio ambiente.

Diante dessa explanação, percebe-se que de forma substancial a compreensão de desenvolvimento sustentável requer a assimilação de um complexo conjunto de ações sociais, econômicas e ambientais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo realizado, visualizou-se que a preservação dos recursos naturais requer a consideração da sustentabilidade econômica/ambiental e da responsabilidade social, dentro de um contexto multicultural, possibilitados através da educação, como forma de exercer cidadania e cuidado com o planeta.

Por este viés, percebeu-se que o equilíbrio sustentável pode ser alcançado com o desenvolvimento de valores que proporcionem a conscientização do ser humano sobre a importância de proteger e preservar o meio ambiente, através de uma consciência ecológica e de um modo ético de agir.

Dessa forma, educar para uma sociedade sustentável, requer uma interdisciplinaridade, que priorize a interligação dos saberes econômicos, sociais e ambientais, para que todos tenham a possibilidade de contribuir e cuidar adequadamente do meio ambiente.

O que deve ficar como reflexão é que preservar a natureza, restringindo ações negativas, significa buscar o equilíbrio planetário e a proteção de todos os seres, até mesmo daqueles que ainda não existem, mas que em virtude do agir humano sobre o meio ambiente no presente, tenham a possibilidade de existirem.

## REFERÊNCIAS

APPIAH, Anthony K. Identidade, autenticidade sobrevivência sociedades multiculturais e reprodução social. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

DILL, Michele A. **Educação ambiental crítica: a forma de consciência ecológica**. Porto Alegre: Nutria Fabris, 2008.



MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez, 2003.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PAPA FRANCISCO. **Encíclica *Laudato Si'* sobre o cuidado da Casa Comum**. Vaticano: Santa Sé, 2015.

## **ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA LEI DA PALMADA/MENINO BERNARDO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS NO BRASIL<sup>1</sup>**

*Júlia Leidens<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Mesmo com a evolução na proteção legal das crianças, ainda persiste a situação de violência contra estas de modo a fazer com que se busquem alternativas para sua proteção. Com essa intenção, entra em vigor a Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, chamada inicialmente de Lei da Palmada, depois renomeada para Lei menino Bernardo, alterando alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal legislação, entrou e saiu da pauta de votações do Congresso desde 2003, sendo reativada em 2010. No entanto, acabou entrando em vigor apenas em 2014, após a ampla divulgação do caso Bernardo Boldrini, filho de um médico e enteado de uma enfermeira, que teria sido assassinado por esta, em conjunto com uma amiga, a mando do próprio pai do menino. O caso ainda pende de julgamento, mas os envolvidos estão presos.

O fato é que a Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo veio como uma forma de impedir que os pais agridam seus filhos ou os humilhem como forma de educá-los, além de outras determinações que pretendem ser melhor analisadas durante a pesquisa. Essa situação gerou uma série de polêmicas, sendo que alguns seguimentos da sociedade foram contrários à lei e outros foram favoráveis. No presente estudo, estes argumentos pró e contra serão brevemente analisados.

### **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada foi, quanto ao método de abordagem, o dedutivo; quanto ao método de procedimento, o monográfico; e as técnicas de pesquisa utilizadas foram as de forma direta e indireta, bibliográfica e jurisprudencial.

### **ANALISE E DISCUSSÃO**

O Projeto de Lei nº 2.654/2003 foi apresentado à Câmara dos Deputados pela Deputada Maria do Rosário no ano de 2003. Posteriormente, foi relatado novo texto do Projeto de Lei nº 7.672/10, pela Deputada Teresa

---

<sup>1</sup> Resumo vinculado ao Projeto de iniciação científica da URI – Campus de Santo Ângelo/RS: A LEI DA PALMADA/MENINO BERNARDO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS NO BRASIL, ligado ao grupo de pesquisa “Tutela de direitos e sua efetividade”.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada ao Alto Uruguai e Missões (URI) Santo Ângelo. Bolsista no projeto de pesquisa.

Surita, mas somente em 2014 foi aprovada, pela Câmara dos Deputados, a redação final do Projeto de Lei que busca acrescentar ao Estatuto da Criança e do Adolescente novas medidas de proteção à criança e ao adolescente (QUADROS, 2015, p. 22).

A Lei que inicialmente era conhecida como Lei da Palmada, virou homenagem ao caso Bernardo, justamente pelo nome anterior ser considerado insultuoso ao projeto. A proposta de alterar o nome para Lei Menino Bernardo veio da Deputada Sandra Rosado (ELY, 2014, s.p).

Em entrevista, a deputada afirma:

Recordei do caso que representa exatamente o caminhar da agressão física às crianças dentro das famílias. Percebi que esse nome suaviza a lei e que as pessoas passariam a encará-la com mais naturalidade, buscando ver o que ela significa. Até pessoas que estavam contrárias passaram a apoiar (ROSADO *apud* ELY, 2014, s.p).

O Projeto de Lei visa garantir o direito das crianças e jovens a serem educados sem o uso de castigos corporais, e estabelecer ainda, que pais que maltratem seus filhos sejam encaminhados a programas de proteção à família e cursos de orientação. É previsto, ainda, tratamento psicológico ou psiquiátrico, além de advertência. Já a criança que, por sua vez, sofrer agressões, será submetida a tratamentos especiais (MOREIRA; TREVIZANI, 2012, s.p).

A proposta não se aplica somente para o ambiente doméstico, mas também aos professores, médicos e outros agentes públicos que tiverem conhecimento de agressões às crianças e adolescentes e não denunciarem as autoridades, sendo que estes poderão sofrer multas que vão de três a vinte salários mínimos (MOREIRA; TREVIZANI, 2012, s.p).

Na verdade, a referida lei modificou apenas os artigos 13, 18, 26 e 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente trazendo alguns elementos como conceitos do que seria castigo físico, tratamento cruel ou degradante e também trazendo outras medidas que os Conselhos Tutelares podem aplicar nesses casos como: "I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação [...]”, dentre outras determinações (BRASIL, 2014).

Segundo Maíra Zapater, a respeito do nome conferido à Lei, afirma:

O nome da lei segue uma tendência recente - e que evidencia a pouca nitidez das fronteiras entre mídia e Direito - de tornar textos legislativos conhecidos do público homenageando vítimas de crimes supostamente evitáveis por previsão legal, como o caso das Leis Maria da Penha, Joana Maranhão e Carolina Dieckmann. Este paralelo com recentes leis penais ilustra como a produção legislativa pode criar certo tipo de publicidade das instituições responsáveis pelas leis - o que nem sempre tem o bem comum como objetivo principal (ZAPATER, 2015, s.p).

Contudo, para muitos, comparar a lei com o menino Bernardo seria incoerente, visto que o caso Bernardo se baseia em outros fatores, como o desinteresse do pai, a motivação em especial de cometer um crime, e não na agressão pura contra a criança, o que levaria fugir da questão do projeto de lei (BRUNO, 2014, s.p).

Quanto aos aspectos favoráveis à lei, cumpre salientar que as discussões que foram provocadas por essa medida, por si só, já foram importantes para que a sociedade possa perceber o quanto ainda a violência é usada dentro dos lares para “educar”. Em verdade, a *mens legis*<sup>3</sup> é no sentido de que os pais precisam saber exercitar o diálogo e entender que a violência não faz parte da educação de uma criança.

De acordo com a pesquisa realizada pelo SOS-Criança, a psicóloga e professora da Universidade Federal do Paraná Lídia Weber que é a favor do fim da palmada, participou da pesquisa e fez algumas constatações em obra organizada por Perozim:

De acordo com o estudo, mais de 56% dos agressores alegaram estar “educando e corrigindo” o comportamento da criança ou do adolescente. O número representa 400 registros de denúncias que chegaram ao programa, entre os anos de 1995 e 2000. O que começa com um tapa ou um puxão de orelha, afirma Lídia, pode se tornar uma surra de mangueira, de tamanco ou até chegar ao espancamento. Além disso, acrescenta à psicóloga, “dados científicos comprovam que as crianças que apanham, quando comparadas as que não apanham, apresentaram autoestima mais baixa, comportamento mais agressivo, altos níveis de sintomas psiquiátricos e baixo bem-estar geral” (PEROZIM, 2014, p. 42).

Ainda adverte Lídia Weber “[...] bater é uma prática de risco e consequência. É claro que existe uma diferença entre a dor de um tapa num bumbum e uma cintada nas costas, mas o princípio das agressões é o mesmo, punir o corpo” (WEBER *apud* PEROZIM, 2014, p 44).

No que tange aos posicionamentos contrários à lei, muito se questionou sobre a nova Lei que proíbe o uso de qualquer tipo de agressão ou violência contra a criança. Para muitos, a Lei veio afrontar a autoridade dos pais dentro de casa, fazendo com que os eles fiquem na dúvida de como educá-los.

Para o professor Lopes Cavalcante, a Lei não trouxe alterações significantes para o ordenamento jurídico brasileiro. Questionado sobre o que mudaria na prática com a nova Lei, esclarece que:

Praticamente nada. Os castigos físicos e o tratamento cruel ou degradante já eram punidos por outras normas existentes, como o Código Civil, o Código Penal e o próprio ECA. A Lei n.º 13.010/2014, que não cominou sanções severas aos eventuais infratores, assumiu um caráter mais pedagógico e programático, lançando as bases para a reflexão e o debate sobre o tema (CAVALCANTE *apud* PEREIRA, 2014, s.p).

---

<sup>3</sup>*Mens legis* é um termo jurídico que se refere ao "espírito da lei".

Antes da nova Lei, as medidas adotadas quando havia castigo físico ou tratamento cruel já estavam previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e poderiam também ser adotadas, nos termos do artigo 98 do mesmo, quando ocorria omissão ou abuso dos pais ou responsáveis (PEREIRA, 2014, s.p).

No que tange à análise da lei, mesmo com sua intenção de diminuir a violência doméstica, ainda pairam muitas dúvidas, questionando sua real eficácia. Nesse sentido, conforme explica Damásio de Jesus, “[...] não creio que precisamos de uma lei sobre a palmada, seja penal ou civil. Sob o aspecto penal, porque já temos leis punindo o fato. Sob o prisma civil, porque não tem o Poder Judiciário condições de suportar os encargos de uma legislação que fiscalize as relações entre pais e filhos menores” (JESUS, 2014, s.p).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para uma parte dos estudiosos, a nova Lei e as mudanças trazidas com ela mostram a interferência do Estado dentro de seus próprios lares e a limitação da autonomia dos pais na forma de educar seus filhos. Ainda, relatam vários doutrinadores que a nova Lei seria desnecessária, uma vez que já existiam outros dispositivos legais, como o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal, que regulamentam a agressão física contra crianças e adolescentes.

Em contrapartida, segundo posicionamentos de especialistas na área, a discussão acerca da nova medida é fundamental para que a sociedade como um todo repense sobre a violência contra crianças dentro de seus próprios lares como forma de “educar”, e é justamente com esse propósito que a Lei trabalha, demonstrando que a violência não é a forma mais adequada de educar crianças e jovens.

Diante disso, não se pode dizer que a nova Lei terá efeito significativo no ordenamento jurídico, pois ela ainda é recente e não se sabe qual será a aceitação da sociedade em relação ao que a Lei dispõe. O que se busca é uma eficácia social da Lei, buscando que essa promova uma mudança cultural para a sociedade. Mas pode-se concluir que, a Lei em si, protege e ampara os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, uma vez que busca priorizar e proteger o desenvolvimento de crianças e jovens no processo educativo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7672/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>. Acesso em: 15 out.2015

BRASIL. **Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso

de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRUNO, Rhenfrix. Crítica ao PL 7672/10 – “Lei Menino Bernardo” (antiga “Lei da Palmada”). **Jus Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://rhendrixbruno.jusbrasil.com.br/artigos/122824951/critica-ao-pl-7672-10-lei-menino-bernardo-antiga-lei-da-palmada>>. Acesso em: 28 out. 2015.

ELY, Débora. O que diz a Lei Bernardo, que proíbe a palmada como punição. **Diário catarinense**. 2014. Disponível em: <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/noticia/2014/06/o-que-diz-a-lei-bernardo-que-proibe-a-palmada-como-punicao-4519215.html>>. Acesso em: 20 out. 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. Lei da Palmada: Qual é o limite? **Jornal Carta Forense**. 2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/lei-da-palmada-qual-e-o-limite/13955>>. Acesso em: 30 out. 2015.

MENEGUEÇO, Bruna. O objetivo da Lei da Palmada é educar, não punir. **Revista Crescer**. 2012. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI284938-15046,00.html>> Acesso em: 21 out. 2015.

MOREIRA, Luciana Maria Reis; TREVIZANI, Giovanna Bianca. Lei da Palmada: Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12407](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12407)>. Acesso em: 20 out. 2015.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. Observações prefaciais à Lei 13.010/2014, Lei Menino Bernardo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4030, 14 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30179>>. Acesso em: 24 out. 2015.

PEROZIM, Livia. A Vara e a Lei. **Revista Educação**. São Paulo, v.10, n.111, jul.2006.

QUADROS, Fabíola Schmidt. **LEI DA PALMADA: Autonomia dos pais e a intervenção do Estado**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná. 2015. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/09/LEI-DA-PALMADA->





AUTONOMIA-DOS-PAIS-E-A-INTERVENCAO-DO-ESTADO.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

ZAPATER, Maíra. A intervenção estatal pela Lei Menino Bernardo é correta? **Justificando**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/06/a-intervencao-estatal-pela-lei-menino-bernardo-e-correta-nao/>>. Acesso em: 30 out.2015.

## **BREVE REFLEXÃO SOBRE AS MUDANÇAS FAMILIARES À LUZ DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS<sup>1</sup>**

*Juliane Pacheco<sup>2</sup>  
Thami Covatti Piaia<sup>3</sup>*

*“As novas tecnologias modificaram nosso modo de trabalhar, de nos divertir e, também, a forma de nos relacionarmos afetivamente.” (ROSA, p. 93, 2013)*

### **RESUMO**

Este ensaio tem por objetivo, realizar uma breve reflexão sobre as mudanças ocorridas na família a partir das inovações tecnológicas. Trabalhar esta temática é importante, pois, as inovações tecnológicas influenciaram diretamente na organização familiar e na sua identidade. Dessa forma, as inovações também geraram impactos na sociedade, e conseqüentemente isto trouxe desafios para o Direito. As identidades familiares tiveram grandes mudanças, principalmente a partir de inovações tais como, por exemplo, a pílula anticoncepcional, a fertilização *in vitro*, os meios de comunicação. Diante do contexto apresentado até aqui, dentre as principais obras utilizadas na pesquisa, destacam-se as obras: *iFamily: Um novo conceito de família?* do autor Conrado Paulino da Rosa, *Bioética: uma face da cidadania* da autora Fátima de Oliveira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mudanças – Família – Inovações Tecnológicas.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Diante do mundo globalizado, é possível observar que a sociedade passou por inúmeras e grandes transformações. Contudo, na sociedade moderna, estas transformações foram principalmente tecnológicas, o que, por sua vez, acabou influenciando a cultura, a sociedade, as instituições e, também, as famílias.

Dentre as inovações tecnológicas que ocasionaram mudanças familiares, pode-se mencionar como exemplo, a pílula anticoncepcional, as fertilizações *in vitro*, e, as inovações tecnológicas referentes aos meios de comunicação, que por sua vez, também foram fundamentais para a rápida

---

1 Pesquisa institucional, vinculada a linha II de pesquisa do Mestrado em Direito – Políticas de Cidadania e resolução de conflitos, relacionada ao segundo capítulo da Dissertação de Mestrado do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu, Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS.

2 Mestranda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES.

3 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS.

transformação do mundo através destas novas formas de comunicar-se, através da influência do ciberespaço, houve uma profunda mudança nas identidades, tanto pessoais como familiares, conforme se demonstrará mais adiante.

Com isso, destaca-se que, as identidades familiares não são mais as mesmas, pois, deixaram de ser singulares e passaram a ser plurais, surgindo novos desafios, pois devido a esta pluralidade, é muito difícil conceituar o que é uma família, uma vez que não há um conceito único, uma vez que, diante de sua diversidade isso se torna muito difícil, principalmente no atual cenário social. Sofrendo interferências das diversas transformações, culturais, sociais, institucionais e tecnológicas a família foi modificando, alterando a sua essência, ou seja, as famílias foram alterando tanto a sua identidade individual como a coletiva, e, pode-se dizer que isso ocorreu principalmente devido às transformações tecnológicas.

## **METODOLOGIA**

A pesquisa será dedutiva, empregando critérios de dialética para apresentar o conteúdo de maneira coerente, para atingir o objetivo geral do trabalho: realizar uma breve reflexão sobre as mudanças ocorridas na família a partir das inovações tecnológicas.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Antes de analisar as transformações familiares, é importante mencionar que, “as grandes mudanças institucionais, na maior parte das vezes, têm muito mais de passado do que de futuro.” (AGUIRRE, 2005, p. 240), e, por isso, “[...] tratando-se do Direito de Família, vários paradigmas existiram ao longo da história, na medida em que a família é dinâmica e se transforma juntamente com a sociedade.” (ARAUJO; JAHNKE; WERLANG, 2014, p. 110). A partir disso, passa-se a ilustrar algumas das mudanças que foram mais relevantes para que ocorresse uma transformação nas identidades familiares.

Dessa forma, dentre elas, destacam-se as ocorridas no século XIX, pois, foram mudanças significativas que perpetuam até os dias atuais, fazendo com que as identidades familiares continuem se transformando, “[...] graças a uma série de fatores importantes, como, por exemplo, a urbanização das cidades, a chegada da luz elétrica, a introdução de modos e costumes europeus trazidos pela corte portuguesa, a mesclagem de culturas por força do aumento do ciclo migratório, adquiriu um retrato mais afetivo, [...]” (HIRONAKA, 2006, p. 59)

Mais adiante, no século XX, pode-se verificar outros fatores relevantes para as mudanças institucionais e sociais, tais como: “a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo.” (PEREIRA, 2006, p. 115)

Neste sentido, com a evolução do conhecimento científico pode-se referir que o século XX, marca o início de profundas mudanças, principalmente a partir das inovações tecnológicas que por sua vez impactaram a sociedade resultando em uma mudança de paradigmas.

Dentre as inovações tecnológicas que surgiram ao longo do tempo pode-se dar destaque para três grandes inovações que afetaram diretamente a transformação das identidades familiares: a pílula anticoncepcional, a fertilização *in vitro*, e as inovações na área da comunicação.

Dessa forma, inicia-se falando sobre a pílula anticoncepcional, esta nova tecnologia surgiu em 1951, pelos cientistas Gregory Pincus e John Rock. (OLIVEIRA, 1997, p. 94). Fátima Oliveira aponta ainda em sua obra: “Bioética: uma face da cidadania”, que inicialmente a eficácia da pílula foi testada em mulheres com doenças mentais que viviam no manicômio de Worcester nos Estados Unidos, sendo que a sua eficácia restou comprovada pelo fato de nenhuma mulher ter engravidado naquele local. (1997, p. 94)

Dessa forma, esta inovação conferiu autonomia às mulheres, pois, “aparentemente, já não há mais dúvidas de que o movimento de mulheres, a partir dos anos 60, ocorrido em diferentes países, tem sido responsabilizado por mudanças culturais significativas.” (MOSSUZ-LAVAU, 1995, S.P)

Assim, observa-se a importância que a pílula teve na ordem familiar, fazendo com que a mulher ao ganhar a sua autonomia para decidir sobre os filhos, pudesse também ter uma maior atuação no mercado de trabalho.

Outra inovação tecnológica que foi muito importante, foi a fertilização *in vitro*, que teve início em 1827 com a descoberta dos ovos dos mamíferos, sendo que, em 1875 ocorreu pela primeira vez a transferência de embriões em coelhas. Mas, em 1930 os pecuaristas já utilizavam comercialmente a inseminação artificial de bovinos, período em que surgiu as primeiras técnicas de congelamento de sêmen e a primeira experiência de fertilização *in vitro* que resultou na obtenção de coelhos, e após de vacas, por meio da técnica. (OLIVEIRA, 1997, p. 34)

Contudo, conforme estudo feito por Edna Oliveira Gonçalves têm-se notícias de que a técnica de fertilização surgiu no século XIX, com o cientista Shenk, que teve sua tentativa frustrada. Porém, mais tarde, outros pesquisadores tentaram novamente, e assim, em 1969, dois cientistas, Edwards e Steptoe, obtiveram êxito com as suas tentativas, surgindo assim, a reprodução humana assistida, através da técnica de *Fertilização In Vitro*.

Contudo, foi em 1978, que esta nova tecnologia na área reprodutiva tornou-se conhecida mundialmente, com o nascimento de Louise Brown, e com a rápida disseminação da técnica da injeção intracitoplasmática de espermatozoides pelo mundo. Desde 1992, o potencial da reprodução assistida tem se mostrado aparentemente ilimitado. (MOURA; SOUZA; SCHEFFER, 2009, p. 01)

Esta nova tecnologia contraceptiva tão conhecida na atualidade, que revolucionou a sociedade e as famílias, alcançando várias identidades familiares, como por exemplo, a família formada por casais heterossexuais que

por algum motivo não conseguiam gerar filhos de forma natural, e, também, mais tarde acabou por auxiliar na reprodução de casais homossexuais com as barrigas solidárias no Brasil.

Mais recentemente conta-se com as inovações tecnológicas na área da comunicação, que transformou rapidamente através do ciberespaço as formas de comunicação, as formas das pessoas trabalharem, se conhecerem, interagirem, se relacionarem, etc, o que também, acabou gerando impactos na identidade familiar.

Segundo Palfrey e Gasser esta inovação teve início em 1970, por meio do primeiro sistema de *bulletin board system* (BBS), que permitiu que as pessoas no mundo todo passassem a ler notícias, trocar documentos e enviar mensagens umas para as outras por meio de um computador conectado a linha telefônica. (2011, p. 12-13). Estas inovações começaram a ficar mais populares em 1980, em 1990 surgiu o mecanismo de busca em portais e *sites* de comércio virtual. Na virada do milênio entraram, *on-line*, as primeiras redes sociais e os primeiros *blogs*. (PALFREY; GASSER, 2011, p. 12-13)

Dentro da família, ocorrem situações interessantes, por exemplo, na relação entre pais e filhos, observa-se que a partir destas inovações na área da comunicação, os pais e filhos que moram distantes, diminuíram esta distância, principalmente a partir de aplicativos que permitiram a comunicação livre. No entanto, por outro lado, pais e filhos que moram no mesmo lar tiveram suas relações distanciadas por conta do uso desses aplicativos.

A partir disso, se vê que as relações familiares de hoje já não são mais as mesmas, pois, hoje é possível até mesmo famílias conviviais sem que haja a convivência física sob o mesmo teto para a sua constituição, (ROSA, 2013, p. 99), é por conta disso que se afirma que, as novas tecnologias impactaram as famílias fazendo com que novas identidades e novas identidades familiares fossem surgindo, conforme visto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, diante do até então exposto, pode-se concluir que, que devido a diversos fatores conforme mencionado, a sociedade, as instituições, as identidades familiares, foram se transformando, ao longo do tempo, cabendo salientar que essa transformação é constante, a sociedade, as instituições e as famílias estão sempre se transformando.

É por conta disso que, atualmente, tem-se um conceito plural de família, pois, com as transformações que elas sofreram em suas identidades, conforme visto, as famílias de hoje não possuem mais a mesma essência do que as de antigamente. Atualmente, elas prezam pela felicidade, pela afetividade, amor e solidariedade, muito diferente do que acontecia no modelo patriarcal do passado em que as famílias eram regidas por princípios meramente econômicos, patrimonialistas.

Por fim, registra-se que um dos grandes fatores que possibilitaram estas mudanças, e porque não dizer revolução familiar, foram as inovações tecnológicas, pois, conforme visto ao longo do artigo, as novas tecnologias



possibilitaram que novas identidades fossem surgindo, e assim, com isso, que as identidades pessoais, e familiares fossem se transformando até se chegar aos modelos presentes na sociedade de hoje.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Basília. Mudança Institucional: A perspectiva da Nova Economia Institucional. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (org.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ARAUJO, Marigley Leite de; JAHNKE, Letícia Thomasi; WERLANG, Alejandro C. R. Família e Constituição na América Latina. *In*: DEL'OLMO, Florisbal; BEDIN, Gilmar Antonio; ARAUJO, Marigley Leite de. (org.). **Direito e Interação na América Latina**. 1ª ed. Campinas, São Paulo, Millenium Editora, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas: A Família, seus *Status* e seu Enquadramento na Pós-Modernidade. *In*: DEL'OLMO, Florisbal; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. (org.). **Direito de Família Contemporâneo e Novos Direitos: Estudos em Homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 47-62.

MOSSUZ-LAVAU, Janine. **As Mulheres e a Sexualidade**: novos direitos, novos poderes? *In* DUBY, Georges e PERROT, Michelle. *As mulheres e a história*. Lisboa: Dom Quixote, 1995.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de e SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução Assistida**: Um pouco de história. *Rev. SBPH* [online]. 2009, vol.12, n.2, pp. 23-42. ISSN 1516-0858. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-08582009000200004](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004)> Acesso em: 11. Set. 2015.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética**: uma face da cidadania. São Paulo, Moderna, 1997.

PALFREY, John.; GASSER, Urs. **Nascidos na Era Digital**: entendendo a primeira geração de nativos digitais. Tradução Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 12-13

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da. **IFamily**: Um novo conceito de família? São Paulo: Saraiva, 2013.

## **A REPÚBLICA PODE SER CONSIDERADA UMA CLÁUSULA PÉTREA?**

*Júnior Vieira do Carmo<sup>1</sup>  
Taís de Oliveira da Silva<sup>2</sup>  
Orientador: Mauro José Gaglietti*

### **RESUMO**

O princípio republicano presente na Constituição Federal vigente não tem enquadramento expresso como cláusula pétrea, contudo tal omissão não deve ser considerada como total exclusão, pois ao analisar conjuntamente as cláusulas lançadas sobre a proteção de alterabilidade do poder reformador da Constituição, conclui-se que, após o plebiscito consultivo de 1993 sobre a possível alteração do modelo republicano, a República adquiriu proteção imanente, considerando assim como cláusula pétrea implícita de indiscutível alteração. A pesquisa em tela faz uso do direito comparado, dos referenciais da ciência política, da história do Brasil, dos estudos de Direito Constitucional, da legislação e da doutrina, entre outras tantas fontes do Direito. Assim, o método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o procedimento bibliográfico.

**PALAVRAS-CHAVES:** República, Cláusulas Pétreas, Constituição Federal, Democracia, Princípios, Modelo Republicano, Cláusula Implícita.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A República é um dos princípios dos Estados Modernos, sendo regida basicamente por dois primados, sendo eles, o da temporariedade, e da eletividade, assim, se questiona, qual enquadramento do princípio republicano na Constituição Federal vigente, a partir desta questão, se busca dois caminhos, o inicial, de vincular a República às cláusulas pétreas constitucionais, e, o segundo, de dispor o modelo republicano sob a ótica de indiferente limitação modificativa. Para tal desenlace, se faz necessário um estudo condicionado a partir de conceitos, elementos históricos e análise da lei maior.

### **METODOLOGIA**

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o procedimento bibliográfico, com base nas normas de submissão e apresentação de resumo expandido para a IV Mostra de Trabalhos Científicos do IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania do Programa de Pós-

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de graduação em Direito, da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santo Ângelo, pesquisador. E-mail: carmovieirajr@gmail.com.

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de graduação em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santo Ângelo, pesquisadora. E-mail: thaays\_olv@hotmail.com.

Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada e das Missões (URI), *campus* Santo Ângelo. Os dados coletados para a elaboração do presente resumo foram através da técnica de pesquisa indireta, por meio de pesquisa a livros, artigos de periódicos, revistas jurídicas, bem como leis e *sítes* da internet.

## ANÁLISE E DISCUSSÃO

Inicialmente, parte-se do conceito de República segundo o qual a caracterizada como uma forma de governo que se opõe à Monarquia, tendo um sentido muito próximo do significado da Democracia, uma vez que os indivíduos, ou uma soma de uma parcela desses, são os titulares do poder, outorgando para estes assumirem as responsabilidades do Estado. Nesses termos, havendo a elegibilidade dos indivíduos com mandatos previamente definidos temporariamente, com manifestação de limitações de poder (STRECK; MORAIS, 2014, p. 185).

Este modelo tem grande predileção, diante da elevada disseminação pelo mundo, conforme os doutrinadores demonstram na passagem abaixo:

Todos os países do continente americano, com exceção do Canadá - que é membro da Comunidade Britânica -, são repúblicas, e em sua maioria, repúblicas presidencialistas. O Brasil adotou a forma de governo república a partir do ano de 1889, mantida agora através de plebiscito realizado no ano de 1993, por larga margem de votos (STRECK; MORAIS, 2014, p. 181-182).

Historicamente o Brasil formalizou a República, conforme Souza, por responsabilidade dos militares, pois estes acreditavam em um caminho por intermédio do modelo republicano para tomar o Estado sob o seu controle, assim, logo não existiu um amparo popular nessa transição de poder nacional, “[...] não por acaso, o fim da Monarquia brasileira não abriu caminho para que os velhos dilemas da exclusão social, política e econômica fossem finalmente colocados em questão” (Souza, 2009, s.p.).

Todavia, torna-se oportuno ressaltar que a formação republicana inicial através dos militares efetuou apenas a troca de um poder monárquico, para um poder agrário centralizado excluindo politicamente a absoluta maioria dos indivíduos, o que proporcionou o alargamento das diferenças sociais que até hoje são latentes (SOUZA, 2009, s.p.).

Almeida, utilizando da passagem do autor constitucionalista Silva, relata a petrificação do modelo republicano na Constituição de 1981:

Ademais, previu a constituição, pela primeira vez, como cláusula pétrea a forma republicano-federativa e a igualdade da representação dos Estados no Senado. Portanto, foi a partir do advento da constituição de 1891 que a forma republicana de governo tornou-se imutável, e presente em todas as Constituições posteriores (SILVA *apud* ALMEIDA, 2014, s.p.).



Conforme bem se percebe, na passagem acima, o modelo republicano recebeu aspecto de imutabilidade na primeira Constituição nacional, todavia Almeida ressalta que apesar de ser instituída a República em 1981, esta, porém, não se efetivou inteiramente em seus conceitos, tornando-se relevante, contudo, pela sua inclusão em teor constitucional.

Questiona-se, porém, no que efetivamente se baseia o modelo republicano, Almeida muito congruente em sua ideia, respalda a concepção de República nos termos de que as tomadas de decisões serão por meio de representantes da integralidade sufragista ativa, com mandatos definidos, isto é a ausência de vitaliciedade representativa e com responsabilidade para com os eleitores (ALMEIDA, 2014, s.p.).

Na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o modelo republicano mencionado se tornou implícito, conforme análise do parágrafo único do art. 1º, caracteriza que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, desse modo hermenêuticamente perceptível à institucionalização (BRASIL, 1988).

Responsável é a observação que, embora da pertinência do republicanismo, o constituinte originário ao legislar sob este tema foi omissivo, na qualificação expressa de cláusula pétreia, porém, ressalva-se que a omissão não configura exclusão.

Tal forma que, o artigo 60 § 4º em seus incisos da Constituição Federal de 88, consta quais as matérias são insuscetíveis de alteração, referindo a impossibilidade de emenda à lei constitucional nos casos lá expressos.

Assim, são conferidos aspectos de imutabilidade, eis que a forma federativa, as questões relativas sobre estipulando da manutenção do modelo direto, secreto, universal e periódico do voto, bem como, a separação dos poderes e por fim, neste rol, os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Logo torna perceptível que o princípio republicano em questão, não foi taxativamente mencionado, contudo é um elemento basilar da formação estrutural brasileira, e assim também se reserva o direito de inviabilidade de alteração, menciona-se aqui Almeida em apoio a este entendimento:

Entretanto, em que pese a relevância da República no atual ordenamento jurídico pátrio, o legislador constituinte originário não previu no artigo 60, parágrafo 4º do texto constitucional em vigor, no qual constam todas as matérias insuscetíveis de alteração, o princípio em questão.

Em verdade, mesmo diante da inexistência de previsão expressa da forma de governo no rol das cláusulas imutáveis, qualquer proposta ou ato do Poder Público que, direta ou indiretamente, modifique o princípio republicano será inconstitucional. Não se trata, pois de uma modificação total do Texto Magno, por via revolucionária, o que autorizaria a modificação da República pelo constituinte originário, mas de alterações feitas por emendas constitucionais, que não rompem com a ordem jurídica vigente (ALMEIDA, 2014, s.p.).

Nessa mesma vertente de pensamento, Ataliba leciona, sob a relação de interação entre República e Constituição, caracterizando que:

[...] em suas mais essenciais exigências, só podem ser revogados por força de uma verdadeira revolução, que deite por terra o texto constitucional e ab-rogue categoricamente todo o sistema, a partir de suas bases. Só arrasadora revolução popular pode anulá-los. Só o movimento político constituinte poderá derogá-los, dada a irresistibilidade da força por ele desencadeada (ATALIBA *apud* ALMEIDA, 2014, s.p.).

Tange aludir que existem entendimentos diversos sob a matéria, contudo, parece mais adequada tal posição, e conforme Almeida, o voto periódico petrificado no art. 60 §4º II da CFRB/88 é descendente da forma republicana de governo, de tal forma que a República toma vínculo direto com a norma explicitamente protegida de reforma.

Nesse rumo, segue Almeida, pois ainda há outro esteio para a classificação inerente da República como cláusula inalterável, sendo este amparo à soberania popular, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro:

Ocorre que, muito embora haja entendimento diverso acerca da validade e da existência das limitações materiais implícitas, a República está intimamente ligada à identidade da cláusula pétrea expressa - voto periódico -, prevista no artigo 60, parágrafo 4º, inciso II da Lei Suprema.

Portanto, uma vez eliminada a participação política do povo para a escolha do chefe de governo infringir-se-á diretamente a cláusula pétrea contida no artigo 60, parágrafo 4º, inciso II da Constituição Federal. O voto periódico permite o controle do poder pelo corpo popular, ao mesmo tempo, garante a alternância dos mandatos eletivos (ALMEIDA, 2014, s.p.).

Todavia, apesar dos argumentos já referidos, há quem questione a República como cláusula inalterável, perspectiva sob a ótica da possibilidade que existiu de eleição do modelo republicano por plebiscito, este realizado em 1993, com finalidade objetiva de escolha entre, República ou Monarquia Constitucional, no mesmo ato a escolha entre, Presidencialismo ou Parlamentarismo, respectivamente, forma de governo e sistema de governo. Fático é a escolha Republicana-Presidencialista.

Diante disso, Almeida estreita o raciocínio de maneira que tal plebiscito não acabou por deixar eternamente aberto a resolubilidade da República, como alguns podem pensar, porém, ao contrário, após a confirmação do poder soberano do modelo republicano, implicitamente, efetivou-se o engessamento na Constituição Federal de 1988 o modelo republicano, corroborando nessa percepção, o entendimento abaixo:

Portanto, é de anotar que o constituinte não previu expressamente a República como cláusula pétrea, pois facultou ao povo a possibilidade de escolher diretamente a forma e sistema de governo nos termos do artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E, uma vez manifestada a vontade popular a favor da

República, incluiu-se tacitamente o princípio republicano no rol das cláusulas intangíveis por emenda constitucional. [...] Assim, a República, muito embora não esteja alocada expressamente no rol das matérias insuscetíveis de alteração, não poderá ser suprimida do ordenamento jurídico pátrio, pois violar-se-ia toda a estrutura básica componente do Estado democrático de direito (ALMEIDA, 2014, s.p.).

Prontamente, após a manifestação dos cidadãos questionados pelo plebiscito, a República garantiu seu enquadramento, mesmo que implícito, de princípio imponderável de alteração, pois o requisito que acabava por impedir a concretização da efetividade petrificativa acabava por ser extinto, e se bem observado, nossa Constituição, recebe o qualitativo República, em sua denominação, portanto para a existência de qualquer alteração de ordem republicana, a Constituição atual teria de ser rompida ao meio. .

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, a República com seus dois liames indisponíveis de elegibilidade e temporariedade, se tornou o modelo de governo presente no Estado brasileiro, com início de 1889, através de uma revolta militar.

Apesar das contribuições dessa alteração histórica, não ter surtido efeitos imediatos em grandes proporções dos indivíduos da nação, a primeira Constituição definiu o modelo republicano como cláusula pétrea.

Porém, após noventa e nove anos, o mesmo, explicitamente não foi realizado, na Constituição Federal de 1988.

Contudo em decorrência de análise do texto constitucional e das cláusulas pétreas explícitas, existe relação estrita com o modelo republicano, logo a República se constitui como viga mestra da nobre Constituição de Outubro de 1988, e apesar de inexistência de explícito engessamento, tal princípio agrega por si valor fundamental para tal premissa.

Ademais, o republicanismo se fortalece pelo relacionamento com os demais dispositivos pétreos, bem como, pela maneira com qual é aplicado na lei constitucional, deste modo constituindo, por conseguinte, cláusula pétrea implícita, tenaz na estrutura democrática nacional.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscila Cristina Soares de. **A forma republicana de governo como uma limitação material implícita ao poder reformador.** Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/156471374/a-forma-republicana-de-governo-como-uma-limitacao-material-implicita-ao-poder-reformador>> Acesso em: 25/09/2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25/09/2016.



SOUSA, Rainer Gonçalves. **Proclamação da República**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiab/proclamacaodarepublica.htm>>. Acesso em: 25/09/2016.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolsan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

## **O CÁRCERE FEMININO E O RESPEITO À CONDIÇÃO DA MULHER: UMA LEITURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO RIO GRANDE DO SUL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

*Karla Viviane Corrêa Volz<sup>1</sup>  
Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente texto objetiva realizar uma reflexão sobre a mulher e o cárcere e as dificuldades diante as condições únicas que apresenta. Além da ausência de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena e readaptação de pessoas com condutas adversas, a ausência de gestão voltada para a socialização dessas pessoas pode causar consequências ainda piores.

Ainda, sob a ótica de questões de gênero e suas particularidades, depara-se com a situação das mulheres que, inseridas no mundo do crime com aumento considerável a cada dia, necessitam de condições favoráveis para uma correta reabilitação social e garantia de direitos fundamentais. Nesta percepção, o cárcere feminino, fazendo uma leitura do Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul, respeita a condição da mulher à luz da dignidade da pessoa humana?

O tema é relevante para a sociedade compreender se o sistema prisional do Rio Grande do Sul respeita as condições das mulheres no cárcere frente às suas particularidades. Por essa razão, apresenta contribuições fundamentais à área de conhecimento sob a perspectiva do gênero e à luz dos princípios da humanidade e dignidade da pessoa.

Em suma, o estudo visa demonstrar que as mulheres, apesar de cometerem menos crimes que os homens no Rio Grande do Sul, sofrem mais com a prisão em razão de sua condição única, sendo fundamental um ambiente diferenciado para o adequado cumprimento da pena sem lesar princípios fundamentais no tratamento de sua conduta.

### **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada neste resumo foi o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas de forma fundamentada com contribuições de diversos autores sobre o tema em tela. E, também foi empregada a técnica de pesquisa indireta, através de coleta de dados para a elaboração do estudo por meio de livros, artigos de periódicos, revistas, pesquisa à legislação, sites da internet e revistas jurídicas.

<sup>1</sup> Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada ao Alto Uruguai e Missões (URI) Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Advogada. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br

## ANÁLISE E DISCUSSÃO

Importa para o enfrentamento do tema do presente estudo discorrer sobre o percurso histórico da teoria da pena no Direito Penal brasileiro para, ainda, dissertar acerca do sistema carcerário sob a ótica da lei de execução penal, uma vez que o número de mulheres envolvidas no crime tem crescido e, conseqüências disso, chegam à sanção penal de restrição da liberdade, fazendo-se necessário a análise do percurso penal e do sistema que são submetidas.

Conforme Tasse, o homem ao viver em sociedade passou naturalmente por uma evolução, criando certas regras de convivência e, dessa maneira, preocupou-se com a preservação da sua espécie. Outrossim, evoluiu a maneira de punir, refletindo sobre a necessidade de humanizar o sistema de penas para não retroceder ao aspecto sancionador de exemplaridade por meio da dor e sofrimento. Ainda, apresenta três teorias, defendidas em posições doutrinárias, a respeito da sanção penal. A primeira é conhecida como “teorias absolutas de retribuição ou retribuicionistas” em que Tasse refere que os adeptos acreditam que a aplicabilidade da pena deva corresponder o mal com mal. Já nas “teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas)” diz que a punição serviria de exemplo tanto para quem cometeu como para a sociedade, ou seja, uma forma de prevenir o ato delituoso. E, por fim, nas “teorias mistas, ecléticas ou unificadoras”, defende-se que a pena é uma forma de retribuição sem deixar de ser educativa, com caráter de prevenção no cometimento de atos ilícitos (TASSE, 2010, p. 65-75).

Nesta análise, Bitencourt apresenta uma crítica sobre o aspecto ressocializador do infrator, uma vez que o Estado quer recuperar à sociedade o indivíduo por meio do valor moral, referindo que “todo ser humano possui uma escala de valores muito pessoal”, tornando discutível o retorno de uma pessoa que delinuiu por meio de um “plano moral” em razão de que desrespeitaria o indivíduo enquanto livre para delimitar suas idéias e crenças (BITENCOURT, 2011, p. 146).

Diante dessas observações, a busca pelo melhor aproveitamento da pena para a ressocialização de pessoas que cometem atos ilícitos, desfavoráveis para convívio coletivo, sempre foi questionada. Do mesmo modo, Tasse diz:

O desafio dos que se voltam ao estudo das Ciências Penais na atualidade é conseguir moldar o sistema penal com soluções racionais e inteligentes que, ao mesmo tempo que preservem os avanços humanitários obtidos ao longo dos tempos, sensibilizem a sociedade para efetividade do sistema penal como um dos mecanismos de que se valem as comunidades modernas no combate ao crime (TASSE, 2010, p. 64).

Enfim, o país progride a cada passo que o ser humano se revela em seu próximo e é capaz de reconhecer que aquele indivíduo que errou deverá ser recomposto em sociedade após uma reciclagem social de suas condutas. No entanto, não se trata de uma luta individual. Não somente o Estado como também a comunidade contribui para a retomada daquele que delinquir. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, diz que “constituem objetivos

fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]" (BRASIL, 1988).

Não resta dúvida de que a garantia da adequada execução da pena para a socialização do delinquente se remete ao comprometimento da comunidade na exigibilidade da correta aplicação dos direitos e garantias fundamentais daquele que retornará ao convívio social. Além disso, a Lei de Execução Penal (LEP) dispõe em seu artigo 4º que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança” (BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984).

Ou seja, um rol de princípios fortalece a adequada execução da pena. E, tratando-se do gênero feminino, a LEP deixa assegurado que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade” (BRASIL, 1984).

Conforme Helpes, as hipóteses para o crescimento da criminalidade feminina são as mais diversas, uma vez que as mulheres se destacam nas mais renomadas carreiras profissionais, seja pela qualidade com que exercem suas atividades, seja pela sensibilidade e forma técnica de trabalharem. Enfim, o fato é que isso acaba interferindo também no âmbito social em que vivem, onde o homem já não é o único responsável e atuante como chefe de família. Na análise dos diversos conceitos de família que surgem ao decorrer da evolução da sociedade, nota-se que esse gênero está cada vez mais presente no comando de grupos sociais. O que não é diferente na esfera do crime, onde as mulheres, cada vez mais frequente, aparecem com, por exemplo, as posições mais importantes no controle do tráfico de drogas. Trata-se de um fenômeno muito complexo e que além desses elementos citados é muito provável que envolva outros (HELPESES, 2014, p. 62-68).

Ao se observarem as mulheres no crime, deve-se analisar o cumprimento de penas por pessoas desse gênero. Para mais, é relevante destacar o que a autora Helpes relata sobre o sistema penitenciário brasileiro em que “[...] a maior parte dos estabelecimentos penais que abriga as mulheres criminosas é, na verdade, espaços mistos, ou seja, convivem homens e mulheres na mesma unidade, porém em ambientes distintos, divididos no interior destes estabelecimentos” (HELPESES, 2014, p. 72).

De fato, a prisão nessas condições se torna um elemento central na projeção de uma vida criminosa, pois as mulheres precisam de uma assistência ginecológica, material de higiene diferenciado, além de especificidades como a maternidade ou uma creche que permita os filhos no convívio mais próximos de sua genitora. Portanto, se a estrutura não comporta as necessidades do gênero feminino, não se espera atingir uma reconstrução dos valores morais, talvez esquecido, diante das condições precárias apresentadas.

O cárcere é um sistema ligado ao Poder Judiciário e um aparato do Estado, do qual se espera que tenha como alicerce de recuperação, tanto dos homens quanto das mulheres, bem como condições favoráveis ao

cumprimento da pena, além de garantir os princípios fundamentais abrangidos na legislação.

No entanto, no ponto de vista de Bitencourt, as prisões atuais produzem um efeito “criminógeno”, devido aos fatores que atrelam à vida carcerária, ao invés de sintomas de retomada a convivência em sociedade por fatores materiais.

É necessário lembrar que a prisão não exerce a mesma interferência sobre a conduta de cada preso, porém diante da análise desses fatores é evidente que o comprometimento do Estado com o indivíduo encarcerado é de extremo desprezo e insatisfatório para cada cidadão da comunidade que espera o retorno dessas pessoas ressocializadas. Mesmo sabendo que a maioria da sociedade não está preparada no enfrentamento de retorno de uma pessoa do cárcere, é preciso o amadurecimento e colaboração de todos para lidar com a segurança pública e não somente engessar no ato punitivo de aprisionamento para reeducar as condutas violadas.

Portanto, compreende-se que é fundamental o estudo e a atenção voltados aos presídios destinados às mulheres que ao longo da história sofrem com a indiferença do olhar da sociedade e por parte do Estado. Atitudes que devem iniciar o quanto antes por meio de políticas públicas para o incentivo e envolvimento maior dessas pessoas na rotina social para exterminação do envolvimento com o crime ou, ainda, pela melhor adequação das instalações proporcionadas para a execução das penas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo central deste estudo foi responder a seguinte questão: o cárcere feminino, fazendo uma leitura do Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul, respeita a condição da mulher à luz da dignidade da pessoa humana?

Como todo sistema penitenciário brasileiro, o Rio Grande do Sul enfrenta dificuldades na preservação dos direitos e garantias fundamentais de mulheres em cumprimento de pena privativa de liberdade, seja por ausência de recursos financeiros, de estrutura física compatível à superlotação ou pela ausência de programas de reabilitação social. O fato é que estas mulheres permanecem expostas a uma constante violação de direitos que acabam refletindo em toda a sociedade. Em termos de socialização, educação e prevenção da criminalidade a partir da pena, deve-se buscar a garantia da dignidade dessas pessoas que serão reinseridas na sociedade da qual foram afastadas.

Afinal, segundo os estudos, foi constatado que somente a lei, por mais abrangente de princípios que seja por si só, não é o suficiente para garantir a dignidade ou mesmo impedir a violação no que refere ao respeito a condição de mulher no cárcere. Entretanto, com uma maior atuação do Estado na fiscalização desses órgãos e o desenvolvimento de políticas de inserção social e, principalmente, com o envolvimento e a colaboração da sociedade, será possível apontar uma nova possibilidade de vida de acordo com o estado democrático de direitos ao qual somos incorporados.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>  
Acesso em: 17maio. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.** Presidência da República. Brasília. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 17maio. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 4<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena.** 1<sup>a</sup>. ed. Curitiba: Juruá, 2010

## **O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: DIREITO DIFUSO E MULTIDIMENSIONAL<sup>1</sup>**

*Kassia da Silva Garcia<sup>2</sup>*

*Sarah Costa Rambo<sup>3</sup>*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida*

### **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre o direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado como direito difuso e multidimensional, abordando o conceito de direitos fundamentais e suas dimensões. Busca, portanto, investigar o direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado não apenas enquanto direito difuso, mas também como direito multidimensional, tendo em vista sua repercussão nos direitos de índole individual, como a vida, e social, como a saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; Direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado; Dimensões de direitos fundamentais.

### **METODOLOGIA**

Buscou-se desenvolver o trabalho utilizando o método de hipotético-dedutivo, bem como as técnicas de pesquisa baseadas na doutrina relacionada ao tema e legislação pátria, nos limites dessas páginas.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado como direito difuso e multidimensional é um tema bastante importante de ser estudado tendo em vista se tratar de um aspecto de relevância para todos os seres humanos, que compete ao Estado o dever de assegurar.

As preocupações com a temática têm se manifestado cada vez mais presentes nos debates acadêmicos e conferências internacionais, tendo em vista a urgência no enfrentamento da crise ambiental.

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido no decorrer da pesquisa intitulada "Estado Socioambiental e Democrático de Direito" e de extensão "A Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana", coordenados pela Profa. Me. Luana Maíra Moura de Almeida, do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)- *Campus* Santo Ângelo. Programa Institucional de Iniciação Científica (PIIC/URI).

<sup>2</sup> Graduanda do 2º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS, pesquisadora voluntária. E-mail: kassia\_silvagar@hotmail.com

<sup>3</sup> Graduanda do 2º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS, pesquisadora voluntária. E-mail: sarah-costa3@hotmail.com

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Assim, os temas abordados durante o trabalho foram os contornos a cerca dos direitos fundamentais, alguns dos momentos que marcaram a sua construção, bem como o caminho percorrido até então. Também serão abordados os direitos fundamentais e suas dimensões para, por fim, analisar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto direito fundamental difuso e multidimensional.

### **CONTORNOS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os Direitos Fundamentais são uma construção histórica, e ganham universalidade através de alguns marcos que foram muito importantes na sua construção. Tais como, a Declaração dos Direitos do Homem, que foi assinada em 1789 pelos franceses, uma das primeiras afirmações dos direitos da pessoa humana. Na época, esses direitos foram tidos como naturais, inalienáveis e sagrados. Porém, a Declaração acabou sendo insuficiente, pois não evitou os horrores vividos durante a Segunda Guerra Mundial (BONAVIDES, 2014, p. 576).

Somente ao final da Segunda Guerra, começou a se formar o conceito moderno de Dignidade Da Pessoa Humana, que teve grande influência para o conceito de direitos fundamentais hoje existente. O principal responsável por esse conceito foi o filósofo alemão Immanuel Kant, que descrevia o ser humano como o próprio fim em si mesmo, mostrando que digno é tudo aquilo que não pode ser valorado ou substituído. Sendo assim, o ser humano usufrui de dignidade pois não é um objeto, e sim um sujeito, com autonomia, liberdade e autodeterminação. Outro grande legado deixado por ele, foi dizer que todos os seres humanos têm essa dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social. Dessa forma, a dignidade se tornou um pilar para o surgimento dos direitos fundamentais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 44-47).

A partir daí os direitos fundamentais passam a ser entendidos como os direitos mais básicos inerentes ao ser humano, por esse motivo, eles são irrenunciáveis, invioláveis e imprescritíveis. Na República Federativa do Brasil eles são positivados, e reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) No segundo título da CF/88 eles são classificados como individuais, coletivos e sociais (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, importa, nesse momento, a análise das gerações (ou dimensões, como referem alguns autores), de direitos fundamentais, para a posterior compreensão do que vem a ser o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As dimensões dos direitos fundamentais são organizadas de forma cronológica. É importante ressaltar, contudo, que uma dimensão não exclui a outra, mas sim se acrescentam. São elas: 1ª dimensão, relacionada aos direitos de liberdade, de índole individual; 2ª dimensão, relacionada aos direitos de Igualdade, de índole social e coletiva; 3ª dimensão, relacionada aos direitos

de fraternidade, de cunho transindividual e 4ª dimensão, relacionada aos direitos de globalização, de índole universal (BONAVIDES, 2014, p. 576).

Os direitos da primeira dimensão são os civis e políticos reconhecidos no âmbito universal pelo fato de serem inerentes ao homem, são as escolhas e características da pessoa humana e tem como sua maior característica a subjetividade. Envolvem uma posição tomada pelo indivíduo para manter sua situação particular com relação ao Estado. São também conhecidos como os direitos negativos do cidadão em relação ao Estado, uma vez que limitam o poder do Estado diante do mesmo (BONAVIDES, 2014, p. 577).

Os direitos da segunda dimensão são movidos pelo princípio da igualdade material, exigindo do Estado posturas ativas para implementação de necessidades mínimas para viver com dignidade. No que se refere à igualdade material, Norberto Bobbio afirma que todos os cidadãos devem ser tratados em uniformidade de oportunidades, podendo partir de um ponto comum. Nesse contexto a desigualdade se torna relevante, considerando tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades. Além disso o mesmo corresponde ao que se designa como políticas públicas no Estado Social e Democrático de Direito, que implementam condições de igualdade entre as pessoas, mesmo com a garantia de suas liberdades. Com esse direito foi implementado também o aspecto objetivo dos direitos fundamentais que funciona como um mandamento para o Estado (BOBBIO, 1997, p. 30-32).

Os direitos de terceira dimensão, já no final do século XX, trazem consigo a fraternidade e surgiram de necessidades compartilhadas sobre o meio ambiente, a paz, a comunicação e ao patrimônio da humanidade. Esses são também nascidos do princípio da solidariedade. Paulo Bonavides refere que esses direitos são

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2014, p. 583-584).

Os direitos da quarta dimensão são os da globalização, as liberdades e o que se pode esperar do futuro. Segundo Paulo Bonavides:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2014, p. 586)

Mas para Norberto Bobbio não se apresenta na quarta geração somente a globalização e a política, mas também as mudanças genéticas “[...] já apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (BOBBIO, 1992, p. 05).

Já no que se refere ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental, importante considerar que os direitos difusos, também denominados como transindividuais, são aqueles que pertencem e são exercidos por toda a coletividade, não somente por um único indivíduo ou grupo social. Precisam ser efetivados para uma vida considerada digna por toda a humanidade. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor eles são de natureza indivisível e seus titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (BRASIL, 1990).

Nesse contexto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um direito difuso, por estar umbilicalmente ligado à qualidade de vida. No artigo 225 da Constituição Federal de 1988, está especificado que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (BRASIL, 1988).

A Constituição da República Federativa do Brasil, reconhece a dupla função da proteção ambiental no ordenamento jurídico, que deve ser considerada uma finalidade do Estado e um direito fundamental. Sendo também um direito multidimensional, por ser individual, social, coletivo e de índole universal. Segundo Sarlet, Machado e Fensterseifer:

Há, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da dupla funcionalidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma forma simultaneamente de um objetivo e tarefa estatal e de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos (posições subjetivas) e deveres (dimensão jurídico-objetiva) fundamentais de cunho ecológico (SARLET; MACHADO; FENSTERSEIFER, 2015, p. 127).

É imprescindível a solidariedade e cooperação, não só entre Estado e setores organizados da sociedade civil, mas também de todo cidadão, a fim de que essa mútua ajuda estabelecida possibilite a conservação da natureza. Afinal, as futuras gerações ainda não podem fazer nada para auxiliar, mas devem ter o seu direito ao meio ambiente equilibrado garantido. Associado ao direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado tem-se a dignidade da pessoa humana, princípio de um Estado Democrático de Direito e fundamento previsto na Constituição Federal, que também se encontra em sintonia com os direitos de cunho individual e social. Nas palavras de Sarlet e Fensterseifer:

O Estado de Direito, a fim de promover a tutela da dignidade humana rente aos novos riscos ambientais e insegurança gerados pela sociedade tecnológica contemporânea, deve ser capaz e conjugar os valores fundamentais que emergem das relações sociais e, através das suas instituições democráticas, garantir aos cidadãos a segurança necessária à manutenção e proteção da vida com qualidade ambiental, vislumbrando, inclusive, as consequências futuras da adoção de determinadas tecnologias (SARLET; FENSTERSEIFER in SARLET [Org.], 2010, p.17).

O meio ambiente como direito fundamental apresenta direitos e deveres a serem cumpridos de forma difusa, não apenas pelo poder público, mas por toda a coletividade. A humanidade depende da qualidade do meio ambiente para a efetivação dos direitos individuais e sociais e, devido a isso, a natureza pode ser considerada não apenas como um bem comum a todos os cidadãos, mas também como um direito de cunho multidimensional. Sem que algo seja efetivado visando à melhoria das condições ambientais atuais, quem mais pode sofrer são as futuras gerações.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo concentrou-se em abordar o tema das dimensões dos direitos fundamentais. Para isso, foi caracterizado o seu conceito, e sua importância para a Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Também foi explicado o conceito moderno de dignidade da pessoa humana, por ser ela um pilar dos Direitos Fundamentais, que só surge pelo fato de existir dignidade nas pessoas.

A problematização se deu pela geração de direito fundamental, na qual se encaixa o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sendo assim, foram especificadas as quatro dimensões, mostrando os Direitos que elas abrangem, tais como, Direitos civis, políticos, sociais, meio ambiente, paz, liberdades, entre outros que ficam implícitos na Constituição. Nesse contexto, se torna muito importante caracterizar os Direitos difusos, que são exercidos por todas as pessoas e são muito importantes para a concretização dos Direitos fundamentais.

O meio ambiente sadio, é um Direito multidimensional, por ser individual, social, coletivo e universal. Garante a liberdade das pessoas e as condições mínimas para uma vida digna. Essas características fazem com que esse Direito se encaixe em todas as dimensões. Porém, para isso, é necessário tanto atitudes do Estado como da população, para a melhor preservação da natureza em todos os seus aspectos, para que as futuras gerações não sofram impactos negativos causados pelo presente.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro,



1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 22 de setembro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Wolfgang Ingo; MACHADO, Paulo Afonso Leme; FENSTERSEIFER Tiago. **Constituição e Legislação e Ambiental Comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

## **VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTIL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA CRIANÇA**

*Lara Isabelle Meotti Steinhaus<sup>1</sup>  
Jean Carlos da Silva<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

Foi a partir da Constituição de 1988 que a criança ganhou de fato seu “status” de sujeito de direitos. Mesmo com tal evolução constitucional, de fato ainda existem, na realidade, fatores que tornam a criança vulnerável a situações de abuso. A violência doméstica surge com uma problemática que abrange milhares de crianças, em todo o território nacional, e nos mostra que ocorre todos os níveis sociais e econômicos. O abuso sexual expõe a criança marcas profundas no seu desenvolvimento físico e principalmente psicológico, já que vários estudos comprovam que crianças que sofrem violência sexual ficam traumatizadas, incapazes de construir relações de confiança e familiaridade. Somente através do interesse sociológico do Estado, tornando-se a comunidade como grupo responsável pelo desenvolvimento da população infantil é que o trabalho de denúncias pode ser concretizado.

**PALAVRAS – CHAVE:** Violência; Abuso; Criança; Desenvolvimento.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho tem como propósito a análise no contexto acadêmico, como reflexo de um problema que vai além do campus universitário, de circunstâncias de violências retratadas no cotidiano.

A problemática da violência sexual infantil se vê presente no contexto mais amplo das violências sofridas por crianças em todo o país. Há a necessidade de estudo desse assunto, pois a criança fazendo parte das chamadas minorias, politicamente mais frágil, é a última a ter seus direitos fundamentais de cidadania assegurados.

Dentre outras metas deste trabalho, podemos citar o objetivo de discutir os casos de violência sexual, bem como estimular o senso crítico frente às explicações clássicas sobre o abuso sexual e suas implicações no processo de formação da criança.

A intenção é, então, buscar uma reflexão que prossiga além da análise e interpretação imediata desse fato, que vem ganhando grandes proporções em todo o Rio Grande do Sul, para que possamos entender essa problemática e assim, buscar novas alternativas que tragam novas ideias que possam ser efetivadas na nossa sociedade.

<sup>1</sup> Acadêmica do 4º Semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Acadêmico do 6º Semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Santo Ângelo.



## **METODOLOGIA**

A pesquisa ganhou forma através de bibliografias descritivas, por meio de livros que estudam o assunto, junto à biblioteca da universidade, bem como com coleta de informações na Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente de Santo Ângelo, baseando-se também em estudo de casos.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Ao longo da história, a trajetória de vida das crianças vem marcada por inúmeras formas e violência, onde o próprio ordenamento jurídico fazia referências muitas vezes. Somente a partir da Constituição Federal de 1988, a criança recebeu o "status" de sujeito possuidor de direitos, sendo-lhe proibida qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e punido por lei formal, qualquer atentado, seja por ação ou por omissão, aos direitos fundamentais, conforme trata o Artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo com que a criança recebesse reconhecimento de sua condição de pessoa em desenvolvimento e merecedora de prioridade absoluta.

Mesmo com tal evolução, existe uma enorme dificuldade para modificar a trágica situação que os fatores históricos reservaram para as crianças. Inúmeros são os casos de violência registrados contra as mesmas, que atentam gravemente aos direitos humanos: negligência, violência física, violência psicológica e violência sexual. Dentre as citadas, a violência sexual é a mais complexa para se realizar uma prevenção, para ser investigada e para receber o tratamento a fim de amenizar as implicações psicológicas que desenvolve, visto que, poucos são os casos notificados à Polícia Civil e o abusador, na grande maioria das ocorrências, é pessoa que mantém relações familiares com a vítima.

Buscando dados sobre ocorrências de violência sexual infantil em Santo Ângelo, em conversa com a Delegada titular da Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente, chegou-se a um número aproximado de 20 casos de estupro de vulnerável, abrangendo crianças e adolescentes até 14 anos, ao ano. Entretanto, cabe salientar que os números apresentados pela polícia, não são o retrato da realidade, já que crimes como esse são feitos às escondidas e pouco chegam ao conhecimento do Estado (SILVA, Luciana da, 2015).

Há dificuldades enfrentadas pela Justiça para garantir os direitos fundamentais, uma vez que a falta de investimentos em políticas de atendimentos aos direitos da criança e do adolescente, acarretam situações que deveriam ser trabalhadas por políticas de prevenções iniciais, como discorre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O problema que a Polícia Civil enfrenta, acerca dos casos relatados em Santo Ângelo, são os altos números de inquiridos que não conseguiram ser concluídos. A Delegada da Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente afirma que o índice é alto. Os impedimentos que dificultam os processos de investigações são a avaliação psicológica, que é primordial como prova da

violência, visto que na grande maioria dos casos os crimes não deixam marcas e as avaliações psicológicas costumam ser demoradas, o que acarreta no atraso de conclusões das investigações policiais.

É atribuído ao Conselho Tutelar fazer o atendimento aos menores quando os direitos reconhecidos aos mesmos forem violados ou ameaçados pela sociedade (por ação ou omissão) e é através do Conselho que a sociedade passa a assumir um papel importante na proteção de tais direitos (AZAMBUJA, 2004).

Embora existam outras formas de violência infantil, o presente trabalho aborda o abuso sexual e alerta, que mesmo que a violência mais visível é a que seja consumada fora de casa, o lar é a maior fonte de violência. Tomando como base os inquéritos instaurados na Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente nota-se que a maioria dos casos o agressor é pessoa de confiança da criança e convive com a mesma (pai, avô, amigo dos pais). Isso provoca uma dificuldade de atendimento por parte dos conselheiros tutelares, no que se trata de violência ocorrida no âmbito intrafamiliar, já que são situações complicadas de serem abordadas pelo fato de o agressor e a vítima pertencerem à mesma família.

A violência doméstica se manifesta e constitui um problema que abrange milhares de crianças, e contrariando o que se pode pensar, não costuma obedecer a algum nível socioeconômico específico, percorre todos os níveis sociais e econômicos. O abuso impõe à criança marcas profundas no seu desenvolvimento físico, emocional e social. Há diversos estudos que comprovam que crianças que sofrem violência sexual ficam traumatizadas, incapazes de construir relações de confiança e familiaridade, o que é primordial para o seu desenvolvimento (AZAMBUJA, 2004).

Sob qualquer perspectiva, a família desenvolve um papel essencial na vida, na formação pessoal e no desenvolvimento psicológico da criança. As crianças são seres humanos dependentes, apesar de serem sujeitos de direitos, necessitam de cuidados e proteção dos pais ou de quem os acompanham, com intuito de que possam vencer as etapas de formação intelectual e desenvolvimento psicológico das crianças.

Já o sistema de Justiça, que é constituído pelo Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil e técnicos que prestam os serviços sociais e da saúde, compõem, conjuntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma rede que busca resgatar os direitos fundamentais das crianças, quando esses são violados. Mas esses órgãos estão capacitados para atender a demanda dos casos de abuso sexual contra crianças?

Por parte da Delegacia Especializada, os depoimentos de crianças maiores de 6 anos são tomados por policiais, já as crianças menores de 6 anos não são ouvidas na Delegacia da Criança e do Adolescente e todos os casos são enviados ao Crea para serem avaliados. A Delegada Luciana Cunha da Silva afirma que eventualmente ocorrem cursos de capacitação para a Polícia Civil, porém o ideal seria que a vítima fosse atendida somente por profissionais da psicologia. Ressalta ainda que a Polícia trabalha hoje para a implantação do

chamado “Depoimento sem dano” ou “Depoimento Especial”, que é o método utilizado com o intuito de causar menor sofrimento à vítima.

O depoimento especial tem como objetivo diminuir os sofrimentos no curso do processo, bem como atender ao direito de ser ouvido, com sensibilidade e adequação à singularidade da vítima. O Projeto consiste na criação de uma sala de depoimento especial junto à Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente, onde Policiais Civis com capacitação e experiência na área farão a oitiva em local lúdico, acolhedor, com filmagem e gravação, visando a produção de provas penais e reduzir eventual revitimização dos envolvidos.

Infelizmente, há muitos mitos ainda que retardam a identificação dos casos de abuso sexual de crianças tais como, “são casos raros”, “se a criança consente porque deve gostar”, “se a criança não diz não, não é abuso”, “crianças inventam histórias”.

Segundo Maria Azambuja, a família onde ocorrem os casos de abuso sexual possui perturbação e disfunção em sua formação. Sendo do interesse sociológico de uma comunidade e do Estado o desenvolvimento psicológico da população infantil, podemos concluir que se a colaboração de pessoas “estranhas” aos envolvidos, dificilmente as ocorrências de estupro de vulnerável poderão ser denunciadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história, a criança esteve exposta às inúmeras formas de violência, dando ênfase à violência estudada durante o presente trabalho, onde não havia qualquer preocupação com as implicações que tais atos pudessem causar ao desenvolvimento psicológico da criança.

No Brasil, somente com a Constituição de 1988, a criança obteve uma garantia formal de direitos fundamentais, conquistando assim, sua condição de sujeito de direitos perante a sociedade.

É necessário que seja criado um critério de prioridade absoluta entre a sociedade para com os direitos fundamentais da criança. É de responsabilidade de todos, mas de maneira especial de quem assiste a casos de violência sexual em desfavor a uma criança, buscar alternativas que envolvem as diversas esferas públicas, governamentais, sociais e políticas, bem como do Estado, contribuir com maiores investimentos em modelos de trabalhos psicológicos com as vítimas no campo municipal, estadual e nacional, para que os direitos traduzidos na nossa Constituição sejam aplicados de forma eficaz e objetiva.

## REFERÊNCIAS

LAMARÃO, Maria Luiza; BRITTO, Rosyan Campos de Caldas. **“Criança, Violência e Cidadania”**. 2ª Ed. Belém: UNAMA/FCBIA/ASIPAG, 1994.



AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: É POSSÍVEL PROTEGER A CRIANÇA?** Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, Luciana Cunha da. Delegada titular da Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente. Santo Ângelo, 2015.

## **VISÃO JURISPRUDENCIAL DA COBERTURA SECURITÁRIA EM CASO DE SUICÍDIO INVOLUNTÁRIO**

*Laurindo Adão Gibicoski de Souza  
Juliane Quaresma Obregon  
Orientador: Fabiano Prado de Brum*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente projeto é relevante, pois existe no Brasil uma grande gama de pessoas que contratam seguros de vida na tentativa de dar, após o seu passamento, uma segurança maior aos seus familiares ou a um determinado beneficiário, e que, quando envoltas em situações de suicídio, acabam tendo o seu pagamento negado.

Há existência de decisões divergentes no meio jurídico quanto ao pagamento ou não do benefício quando da morte por suicídio involuntário do contratante, fato que por muitas vezes é confundido com o crime de fraude cometido pelo contratante, para que simplesmente seus beneficiários tenham acesso ao benefício, pode ocorrer o não pagamento deste seguro por suicídio involuntário, o que poderia acarretar ou não a violação de garantias constitucionais, tais como a do contraditório e da ampla defesa, além do princípio da boa-fé objetiva, como medida de justiça social e de adequada aplicação das regras e princípios de direito civil vigentes.

### **METODOLOGIA**

O trabalho será desenvolvido através do método dedutivo, partindo de um raciocínio lógico de uma premissa geral a delimitar para a premissa menor, com relação ao método de procedimento utilizado será o monográfico e bibliográfico, tendo como técnica de pesquisa o recolhimento indireto.

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Ao abordar o tema da visão jurisprudencial da cobertura securitária em caso de suicídio involuntário é necessário compreender um pouco como se deu o início dos contratos de seguro de vida, bem como, os conceitos utilizados por alguns doutrinadores no Brasil para que ao final possa ser analisado como a jurisprudência brasileira trata a referida matéria.

Os contratos de seguro de vida, segundo historiadores tiveram seu marco inicial em 1855 no Rio de Janeiro, onde foi fundada a primeira companhia a oferecer o seguro de vida no Brasil, "Em 1855, foi fundada a Companhia de Seguros Tranquilidade no Rio de Janeiro, a primeira a comercializar no Brasil seguro de vida" (BRADESCO SAÚDE HISTÓRIA DO SEGURO, 2016).

Em seu relato histórico sobre os contratos de seguro, a SUSEP - Superintendência dos Seguros Privados destaca a grande importância da criação do Código Comercial Brasileiro de 1850 para o crescimento e expansão das atividades inerentes ao comércio de seguros no Brasil, dando início inclusive a possibilidade da realização do seguro de vida que era proibido pelo próprio Código Comercial, fatores preponderantes para instalações de sucursais de seguradoras oriundas do exterior.

O advento do "Código Comercial Brasileiro" foi de fundamental importância para o desenvolvimento do seguro no Brasil, incentivando o aparecimento de inúmeras seguradoras, que passaram a operar não só com o seguro marítimo, expressamente previsto na legislação, mas, também, com o seguro terrestre. Até mesmo a exploração do seguro de vida, proibido expressamente pelo Código Comercial, foi autorizada em 1855, sob o fundamento de que o Código Comercial só proibia o seguro de vida quando feito juntamente com o seguro marítimo. Com a expansão do setor, as empresas de seguros estrangeiras começaram a se interessar pelo mercado brasileiro, surgindo, por volta de 1862, as primeiras sucursais de seguradoras sediadas no exterior. (SUSEP HISTÓRIA DO SEGURO, 1997).

Após uma breve explanação sobre como se deu o início dos contratos de seguro de vida no Brasil, este trabalho mostrará alguns conceitos específicos utilizados por doutrinadores para os contratos de seguro de vida, objeto do presente estudo, onde alguns autores os definem de forma igualitária aos contratos de seguro e outros divergem em parte, dando-lhes autonomia conceitual em razão da natureza e relevância do bem jurídico zelado. Maria Helena Diniz define como sendo: "O seguro de vida tem por fim garantir, mediante o prêmio anual que se ajustar, o pagamento de certa soma a determinada ou determinadas pessoas, por morte do segurado" (DINIZ, 2014, p. 570).

Já os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho definem o conceito de seguro de vida como se fosse uma estipulação em favor de terceiro. "Por meio da estipulação em favor de terceiro, ato de natureza essencialmente negocial, uma parte convencionada com o devedor que este deverá realizar determinada prestação em benefício de outrem, alheio à relação jurídica-base" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 567).

Agora, será analisada a visão jurisprudencial e doutrinária no que tange a cobertura securitária em caso de suicídio involuntário, onde para padronizar as decisões referentes aos contratos de seguro de vida quando da ocorrência do segurado cometer suicídio, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu através da Súmula 105, "Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado, no período contratual de carência, não exime o segurador do pagamento do seguro" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1963).

Contudo, não obstante algumas decisões judiciais favoráveis ao segurado, permanecem firmes em nossa legislação, a dúvida sobre a diferença entre suicídio voluntário (premeditado) e involuntário (não premeditado), onde por um ato de desespero do contratante, sem nenhuma intenção de fraudar a

seguradora, dá-se cabo à vida, criando complicações de ordem contratual aptas a ensejar o potencial não pagamento da cobertura securitária.

Sobre o tema, quando o suicídio do segurado que ocorrer nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ainda existem divergências entre os julgados de primeira instância em relação aos Tribunais Superiores quanto ao pagamento da indenização devida, mas o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aduz que cabe a seguradora a comprovação da premeditação do suicídio por parte do segurado, em interpretação à luz da boa-fé objetiva do artigo 798 do Código Civil, tendo assim se manifestado:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. PRESTAMISTA. PRAZO DE CARÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 798 DO CÓDIGO CIVIL. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE PROVA DA PREMEDITAÇÃO DO SUÍCIDIO. ÔNUS DA SEGURADORA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA. Trata-se de embargos à execução de título executivo extrajudicial que objetiva o recebimento da indenização securitária decorrente de **contrato de seguro de vida** celebrado cônjuge da embargada/exeqüente, o qual faleceu em consequência de suicídio, **julgado improcedente na origem**. Monocrática do Relator - Ao relator, na função de juiz preparador dos recursos, no sistema processual vigente, compete o exame do juízo de admissibilidade recursal. [...] A interpretação do artigo 798 do Código Civil deve ser feita com a observância do **princípio da boa-fé que rege todo o ordenamento jurídico**, razão pela qual o **fato de o suicídio ter ocorrido nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro não autoriza a seguradora a recusar o pagamento da indenização securitária, sendo imprescindível a comprovação inequívoca de que o segurado premeditou a sua morte quando da contratação do seguro objetivando que o beneficiário da apólice recebesse a indenização, sendo ônus da companhia provar o referido planejamento**, a teor do que dispõe o artigo 333, inciso II, do CPC. Precedentes jurisprudenciais e doutrinários. **A premeditação tem que ocorrer antes da assinatura do pacto securitário**, [...]. Dessa feita, a seguradora não está desonerada do pagamento da indenização securitária pela mera ocorrência do suicídio nos primeiros dois anos de vigência do contrato, pois a morte do segurado ocorreu no período de vigência da avença e não há prova nos autos de que o segurado tenha premeditado sua morte a fim de beneficiar sua esposa. APELAÇÃO DESPROVIDA MONOCRATICAMENTE. (Apelação Cível Nº 70052888716, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nilton Carpes da Silva, Julgado em 17/03/2014) (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2014, grifos nosso).

Sobre o referido julgado pode ser observado o que a doutrina pensa quanto ao pagamento ou não da indenização referente aos casos de suicídio nos dois primeiros anos de vigência do contrato, onde Carlos Roberto Gonçalves explana, "Se este ocorrer antes da consumação do referido prazo caberá a seguradora demonstrar que o segurado assim agiu exclusivamente

para obter em favor de terceiro o pagamento da indenização” (GONÇALVES, 2014, p.528).

Já, Maria Helena Diniz diverge sobre o pagamento devido ao beneficiário na incidência do suicídio ocorrido nos dois primeiros anos da pactuação ou recondução após ter sido suspenso o contrato, fazendo uma análise dos artigos 797 e 798 do Código Civil de 2002.

[...] Realmente, o beneficiário não terá direito ao capital estipulado quando o segurado se suicidar nos dois primeiros anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução, depois de suspenso, hipótese em que o segurador deverá devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada (CC arts. 798 c/c o 797, parágrafo único) (DINIZ, 2014, P. 569).

Quanto à questão levantada sobre quem deve comprovar se o suicídio foi premeditado ou não nos dois primeiros anos de vigência do contrato ainda em nossa doutrina existem muitas divergências, segundo Sílvio de Salvo Venosa: “Cabe ao beneficiário provar essa ausência de premeditação, questão que pode ganhar complexidade na prática, razão pela qual muitos defendem caber à seguradora provar em contrário, por ser o suicídio um ato de inconsciência (VENOSA, 2012, p. 386).

Já, em relação à ocorrência do suicídio do segurado após os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem assim decidido:

**Ementa:** SEGUROS. SUICÍDIO COMETIDO NOS DOIS ANOS SUBSEQÜENTES AO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO SEGURO. ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. A teor do disposto no art. 798 do Código Civil de 2002, **é vedado à seguradora negar o pagamento da indenização em decorrência de suicídio levado a termo após dois anos da contratação.** 2. **Ocorrido o suicídio nos dois anos subseqüentes ao início da vigência do contrato a indenização não será devida somente se demonstrado, de forma inequívoca, pela seguradora, que houve premeditação.** 3. **Caso em que sequer foi cogitada a premeditação pela seguradora.** [...] 5. Provisamento do apelo. (Apelação Cível Nº 70018348953, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 07/03/2007) (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2007, grifos nosso).

Neste caso Carlos Roberto Gonçalves faz uma análise ao artigo 798 do Código Civil de 2002, que veio para ajudar ao beneficiário quando do recebimento da indenização, não considerando suicídio premeditado depois de decorridos dois anos da contratação do seguro, “A nova regra deve ser interpretada, portanto, no sentido de que, após dois anos da contratação do seguro, presume-se que o suicídio não foi premeditado” (GONÇALVES, 2014, p. 528).

Não podemos deixar de analisar que neste tipo de contrato as partes devem ter uma conduta primordial, a qual deve ser regida pela boa-fé objetiva, que possui sua previsão legal no art. 422 do Código Civil Brasileiro, “Os



contratantes são obrigados a guardar, tanto na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002).

A boa-fé é um princípio que prepondera em todas as relações contratuais existentes no mundo jurídico e não poderia ter sido deixada de lado pelo legislador nos contratos de seguro de vida quanto às figuras do segurado e do segurador, pois é dela que se deriva a lisura destes, sendo prevista no art. 765 do Código Civil Brasileiro de 2002, que aduz: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes” (BRASIL, 2002).

A viabilidade de cobertura securitária nos contratos de seguro de vida, por conseguinte, especialmente no caso de suicídio involuntário, está intrinsecamente ligada aos ditames da boa-fé objetiva, questão a ser averiguada, caso a caso, à luz de cada sinistro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao resumo expandido, aferiu-se, portanto, ao menos superficialmente, razão pela qual se justifica o interesse em aprofundar o estudo na presente pesquisa à luz da doutrina e de julgados do STJ e de Tribunais de outros Estados – a relativização do artigo 798 do Código Civil – no que tange ao pagamento do seguro de vida por parte da seguradora ao beneficiário quanto à incidência de suicídio involuntário ou não premeditado por parte do segurado.

Cabendo assim, conforme já dito, à seguradora comprovar que o segurado tinha a intenção de cometer o suicídio antes de firmar o contrato de seguro de vida, agindo assim de má-fé e com a total intenção de fraudar a seguradora em favorecimento dos beneficiários nos dois primeiros anos de vigência do contrato, já em relação à incidência do suicídio após os dois primeiros anos de vigência do contrato, a própria legislação definiu como sendo lícito o pagamento da indenização.

## REFERÊNCIAS

BRDESCO SAÚDE. **História do Seguro**. Disponível em: <[http://www.bradescosaude.com.br/historia/Historia\\_Seguro.asp](http://www.bradescosaude.com.br/historia/Historia_Seguro.asp)>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula 105, da Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal. 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=105.NU ME. NAO S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso: 22 set. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos em Espécie. v. 4. Tomo II. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e Atos Unilaterais. v. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 70052888716, da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 17 de março de 2014. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+70052888716&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+70052888716&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 22 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº 70018348953, da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 07 de março de 2007. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+70018348953&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+70043322296&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+70018348953&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+70043322296&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 22 set. 2016.

SUSEP. **História do Seguro**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/historia-do-seguro>>. Acesso em: 22 set. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. v. 2. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

## **A MÍDIA COMO FORMADORA DE OPINIÃO NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO ACUSADO<sup>1</sup>**

*Letícia Pletsch da Silva<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho objetiva analisar a mídia como formadora de opinião dos jurados nos crimes dolosos contra a vida de grande repercussão. Com esse intuito, será investigado se a publicação de informações desfavoráveis ao acusado, antes do seu julgamento, é capaz de afetar a imparcialidade dos jurados e, dessa forma, afrontar os direitos que lhe são garantidos constitucionalmente. Para esse fim, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento envolve uma abordagem sócio-analítica e a técnica da pesquisa abrange documentação indireta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos do Acusado; Tribunal do Júri; Influência da Mídia; Opinião Pública.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O Tribunal do Júri implementa um julgamento realizado por juízes leigos, mais facilmente influenciáveis que os juízes togados. Aquele decide a liberdade do acusado por crime doloso contra a vida, podendo este ser prejudicado pela não observância de princípios constitucionalmente a ele garantidos, tais como o contraditório e a ampla defesa. O fato desses direitos serem violados por um instituto que também tem proteção constitucional torna o caso ainda mais preocupante.

A veiculação de notícias sobre o crime e sobre o acusado por seu cometimento, anteriormente ao julgamento pelo Tribunal do Júri, pode ter como consequência uma influência negativa no veredito dos jurados que irão compor o Conselho de Sentença. Isso, porque ao chegar ao conhecimento dos jurados, as notícias sensacionalistas, tem o poder de fazer com que estes ingressem em plenário com uma versão sobre o veredito, por isso, merece ser observado. Nesse sentido, pretende-se averiguar de que forma o processo decisório dos jurados é afetado pela sua prévia exposição a publicações desfavoráveis ao acusado.

### **METODOLOGIA**

O trabalho será desenvolvido através do método dedutivo, partindo de um raciocínio lógico de uma premissa geral a delimitar para a premissa menor,

---

<sup>1</sup> Tema desenvolvido em trabalho de pesquisa monográfica, tendo como orientador o professor Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra.

<sup>2</sup> Graduanda do 10º Semestre do Curso de Direito da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santo Ângelo. E-mail: [leticia.pletsch@hotmail.com](mailto:leticia.pletsch@hotmail.com)

com relação ao método de procedimento utilizado será o monográfico e bibliográfico, tendo como técnica de pesquisa a documentação direta e indireta.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Inicialmente, é válido destacar que os jurados atuam no Tribunal do Júri como representantes da sociedade, não possuindo, em regra, conhecimento jurídico para julgar em conformidade com um juiz togado. Este, pois, é o objetivo central da atuação dos jurados no Conselho de Sentença: julgar como cidadão comum. Por esse motivo, o Tribunal do Júri é considerado o instituto brasileiro mais democrático.

Nesse sentido, evidente é o propósito da atuação dos jurados no Tribunal do Júri, sendo uma forma de participação popular, atuando como representantes do povo e sendo suas decisões nada mais que a vontade da própria sociedade. Para Nucci, o Tribunal do Juri:

Deve ser compreendido como o direito do povo de participar diretamente das decisões do Poder Judiciário e a garantia ao devido processo legal para que os acusados da prática de crimes dolosos contra a vida sejam julgados pelo juízo natural, constitucionalmente estabelecido (NUCCI, 2008a, p. 822).

Outro fator importante para a análise do tema proposto é a evolução exponencial dos meios de comunicação e a transformação da sociedade de informação, tendo como consequência a facilidade para difundir informações e, com isso, a possibilidade de influência de opiniões pelos meios midiáticos ao transmitir informação de forma sensacionalista.

Ainda, cabe ressaltar que no instituto do Tribunal do Júri a regra da fundamentação das decisões não é aplicada. Diferentemente das decisões judiciais em geral, proferidas por juízes togados, os julgadores do Conselho de Sentença decidem conforme o que lhes foi exposto em plenário sem a necessidade de motivação. É o que ensina Guilherme de Souza Nucci:

[...] é preciso considerar que o magistrado, no processo comum, fundamenta suas decisões, expondo, portanto, as razões que o levaram a condenar o réu. Tal sistema não ocorre no Tribunal Popular. Os jurados simplesmente votam, condenando ou absolvendo, sem qualquer fundamentação (NUCCI, 2008b, p. 26).

Logo, a forma de decisão utilizada no Tribunal do Júri é a por íntima convicção, ou seja, as decisões dos jurados são imotivadas. Essa forma de decisão é limitada ao Tribunal do Júri, sendo uma exceção ao que estabelece o artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988. Entretanto, muitas são as críticas acerca da forma de decisão utilizada no Tribunal do Júri, pela possibilidade de encobrir algum fator que foi determinante para os jurados decidirem de determinada forma. Por óbvio, os jurados devem decidir conforme o que lhes foi exposto e de acordo com as provas do processo. No entanto, não estando obrigados a fundamentar suas decisões, podem ser levadas em

consideração convicções de cunho pessoal, íntimo, que, conseqüentemente, podem ocasionar um julgamento injusto.

Em conformidade, Kircher critica a forma de decidir do Conselho de Sentença:

Uma das críticas mais contundentes que se pode fazer ao Tribunal do Júri é que neste os seus julgadores decidem imbuídos basicamente da emoção, com seu instinto, ignorando em grande escala a racionalidade e a técnica jurídica (porque estes não têm formação jurídica). E suas decisões estão protegidas [...] pela soberania dos veredictos e pelo juízo de íntima convicção (KIRCHER, 2008, p. 3).

Ainda, as decisões proferidas por íntima convicção estão protegidas pelo princípio da soberania dos vereditos. Dessa forma, o que for decidido em plenário é absoluto, soberano e não pode ser questionado. Portanto, se determinada decisão for proferida levando em consideração fatos ou convicções que não foram alvo de contraditório e de ampla defesa, o julgamento é injusto, sendo que o acusado está sendo condenado por algo que não teve chance de se defender. A possibilidade de ocorrência desse julgamento injusto, sucedido por meio de convicções avaliadas pelos jurados, também pode verificar-se por fatores externos adquiridos anteriormente ao julgamento, através da mídia, por exemplo.

Por conseguinte, na mesma proporção em que a Constituição reconheceu os direitos da personalidade e princípios do Tribunal do Júri, reconheceu também os direitos conquistados pela mídia ao longo do tempo. Esses direitos são também direitos dos cidadãos comuns e estão vinculados com o Estado de modo que integram o Estado Constitucional.

Dentre os avanços, destaca-se a previsão de direitos e deveres relativos à mídia na Carta Magna. Nesse viés, o dever de informar ficou consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, ao abordar a liberdade de informação, a liberdade de pensamento, de expressão e do acesso à informação. Ainda, em seu artigo 220, versa sobre a liberdade de informação propriamente dita ao assegurar que “[...] a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição [...]” (BRASIL, 1988).

Tais direitos e liberdades também são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, surgindo então a colisão com os direitos para se manter um processo justo, tendo em vista que ambos são assegurados pela Magna Carta.

A Constituição Federal estabelece que todos têm direito ao acesso à informação, e os meios de comunicação em massa são os grandes responsáveis pela difusão dessas informações. Eles têm o dever de informar sem distorções ou manipulações. Portanto, da mesma forma em que o Estado cuidou de garantir a liberdade de imprensa e o direito à informação, é fundamental que a imprensa assegure os direitos do acusado, nos casos do Tribunal do Júri, ao transmitir a notícia, gozando e respeitando os direitos

conferidos. Nesse ponto, importante lembrar que o direito da mídia acaba quando há possibilidade de violar os direitos garantidos ao acusado.

Nesse sentido, ensina Paulo Roberto Dantas, que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode violar outros direitos garantidos constitucionalmente: “A liberdade de expressão não será plenamente exercitável, por exemplo, quando ferir indevidamente os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição” (DANTAS, 2012, p. 323).

Essa observação é necessária, pois a publicação dos atos pela mídia faz com que um número impreciso de pessoas tenha conhecimento desses atos, permitindo maior participação popular. Dessa forma, os jurados, sendo também expectadores, tomam conhecimento de fatos que não deveriam ser analisados por julgadores do caso. Isso, porque os jurados devem julgar exclusivamente com o que é apresentado em plenário, sob pena de ser implementado um julgamento injusto.

Sobre o assunto, Valber da Silva Melo argumenta que a influência midiática não permanece apenas no espaço da opinião pública, pois os expectadores constituem os tribunais e dão início ao problema: julgadores com opinião já formada sobre o acontecimento, compondo tribunais.

O fato é que se a interferência da mídia percorresse apenas no campo da opinião pública, não haveria maiores problemas, até por que no Brasil todos são livres para expressar suas opiniões. O problema é que essa interferência vem adentrando aos nossos tribunais que esquecendo-se de adotar o processo penal constitucional, que melhor protege os direitos dos cidadãos, passam às vezes a julgar de acordo com o tipo midiático, processo este bem mais célere, entretanto, destruidor das garantias fundamentais. (MELO, 2010, s. p.).

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes reitera que a divulgação dos nomes dos envolvidos em casos criminais é um dos principais modos de assolar o homem:

[...] O mais moderno modo de destroçar (injustamente) um ser humano, e nisso entra a convivência da mídia, consiste na divulgação intempestiva e irresponsável do fato que se investiga, com a conseqüente divulgação dos nomes de todas as pessoas envolvidas: suspeitos, testemunhas, vítimas, etc (GOMES, 1997, p. 3).

Tal posição explana nitidamente que a violação de direitos do acusado pode levar a consequências irreversíveis, uma vez que além de ver prejudicado seu julgamento, tem seu nome manchado pelo sensacionalismo, sendo marcado pela culpa imposta pela mídia. Foi isso que aconteceu no conhecido caso Escola Base, no qual depois de tanto verem seus nomes serem divulgados como culpados, os acusados tiveram sua inocência decretada, mas os danos que já haviam sido causados eram irreparáveis. Alex Ribeiro pondera:

[...] nem todos os pedidos de desculpas serão suficientes para reparar os danos morais causados aos seis acusados. E é justamente sobre esse fato que os jornalistas, em seu cotidiano, devem sempre ponderar. O exemplo da Escola Base prova que a simples retratação não corrige danos morais causados pela publicação de informações incorretas. São, conseqüentemente, prejuízos irreversíveis (RIBEIRO, 1995, p. 152).

No Tribunal do Júri, a repercussão, por si só, já é suficiente para a formação de opinião dos jurados, antes mesmo de ouvirem as partes em plenário. O receio de decidir em desconformidade com o que a população em geral julga ser o justo influi negativamente no veredito do julgador popular, podendo ignorar os direitos do acusado para não se achar em situação constrangedora.

Simone Schreiber, em seu parecer na indicação nº 040/2008, deixa evidente que os direitos de personalidade limitam o direito à liberdade de expressão, mas observa que ao abordar notícias criminais a mídia não está tratando de assuntos da vida privada, mas de um acontecimento público e por isso o Judiciário deve agir de forma transparente. Para isso é preciso identificar quando a mídia está influenciando no resultado de um julgamento pois não é em todos os casos criminais que há influência (SCHREIBER, 2008, p. 3).

Sob essa ótica:

A atuação dos veículos de comunicação pode comprometer direitos e garantias fundamentais e invioláveis dos cidadãos, ao expor incessantemente os envolvidos em crimes de grande repercussão e influenciar e manipular as decisões das pessoas do povo nos casos em que estas, através do Tribunal Popular, decidem o futuro de seus pares com base nas informações veiculadas pela mídia (MENDONÇA, 2013, p. 9).

Estela Bonjardim abordando o direito à imagem, lembra da necessária proteção à imagem do acusado do cometimento de um crime, principalmente enquanto ele está sendo investigado, sob o risco de haver um pré-julgamento pela opinião pública:

[...] qualquer pessoa acusada da prática de crimes, merece resguardo de sua imagem perante a opinião pública, principalmente durante a fase investigatória, sob pena de serem causados danos irreparáveis pelo prejulgamento que invariavelmente acompanha esse tipo de cobertura jornalística (BONJARDIM, 2002, p. 48).

Bastos resumiu precisamente o poder que o espetáculo midiático tem em casos sujeitos ao julgamento popular:

[...] suponhamos que no júri dos supostos assassinos de Daniela Perez um ou dois mais réus fossem inocentes. Ele, ela, ou eles teriam alguma chance de absolvição, depois da operação de 'linchamento' montada pela mãe da vítima com o apoio da Rede

Globo e de toda a mídia nacional? Claro que a resposta é negativa (BASTOS, 1999, p. 42).

Nesse contexto, pode-se afirmar que nos casos judiciais em que há intervenção da mídia o acusado deixa de ver garantidos seus direitos constitucionais, comuns a todo cidadão parte num processo, sem chance de defesa sobre fatos dos quais nem sabe estar sendo acusado, mas que de alguma maneira acabam sendo determinantes para sua condenação, por serem analisados no consciente dos jurados. Nesse sentido, Vieira alega que a sentença dada pela mídia transita em julgado diante da opinião pública sem dar oportunidade ao réu de defender-se nem ao menos de ter conhecimento de todas as acusações que lhe estão sendo imputadas (VIEIRA, 2003, p. 168).

Nessa perspectiva, ao ter conhecimento da matéria que será julgada em plenário, anteriormente ao julgamento, o jurado acaba integrando o Tribunal do Júri com um juízo de valor já formado, tendo como base a opinião pública formada pela dramatização da mídia que causa comoção na sociedade, da qual faz parte, sem antes tentar informar-se da veracidade dos fatos relatados.

Isso posto, possível perceber que, em alguma medida, as matérias sensacionalistas têm por objetivo pré-julgar o acusado, por meio de apelos midiáticos, desrespeitando direitos fundamentais garantidos a ele. Assim, a mídia é responsável pela condenação antecipada do acusado, fazendo com que os princípios que pretendem proporcionar um julgamento justo percam sua eficácia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao resumo expandido, demonstrou-se que a atuação desenfreada dos meios midiáticos em casos criminais é capaz de criar um juízo de valor para o público, de modo que todo o conteúdo exposto pela mídia seja aceito como sendo verdadeiro. No caso específico do Tribunal do Júri, o problema torna-se ainda maior: o sensacionalismo forma um veredito prévio para os jurados, representantes da sociedade em geral, impossibilitando o exercício do direito do acusado a um julgamento justo.

Nesse sentido, conclui-se que ao transmitir notícia manipulada a mídia deixa de simplesmente exercer sua função constitucional de informar para formar opinião pública, interferindo diretamente no Tribunal do Júri. Por isso, torna-se responsável pela condenação antecipada do acusado, ao atuar de forma sensacionalista na divulgação da notícia.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Márcio Thomaz. Júri e mídia. *In*: TUCCI, Rogério Lauria. [Coord.]. **Tribunal do Júri**: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002.





BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Liberdade de imprensa, investigação criminal e respeito à pessoa. *In*: **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: n. 58, set. 1997.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Visão crítica (garantista) acerca do tribunal do júri. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3036](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3036)>. Acesso em: 20 out. 2015.

MELO, Valber da Silva. **Processo penal midiático**. Disponível em: <<http://www.legado.oabmt.org.br/index.php?tipo=ler&mat=4427>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **A (má) influência da mídia nas decisões pelo Tribunal do Júri**. Disponível em: <<https://blu168.mail.live.com/mail/ViewOfficePreview.aspx?messageid=mgxD8aPxeD5RGSgwAjfeSiag2&folderid=flinbox&attindex=1&cp=-1&attdepth=1&n=10672903>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

SCHREIBER, Simone. **Indicação nº 040/2008**. A influência da mídia nos julgamentos criminais. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-1505.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## **O PRINCÍPIO DA ISONOMIA DIANTE DO INSTITUTO DA GUARDA FAMILIAR**

*Letícia Mousquer Ritter<sup>1</sup>  
Vicente von Hoonholtz Pinto<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar a praxe jurídica preliminar e automática que se dá - à mulher - o direito de guarda familiar estando os genitores em litígio, em desacordo ao princípio da isonomia de gênero já consagrado pela Carta Magna e tutelado nas demais normas infraconstitucionais. Na esfera processual civil, que rege os direitos de família, a guarda proferida em sede de liminar e posteriormente confirmada em comando sentencial, permanece sendo deferida quase que na totalidade à genitora, ao arripio da Lei 13.052/14, que trouxe como regra a guarda compartilhada. Um Estado Democrático de Direito, tendo sua forma basilar focada na Constituição e seus respectivos princípios, não pode sobrestar direitos do gênero masculino ao se deparar com demandas envolvendo menores. O que se observa no judiciário contemporâneo, é a forma mais abrupta de ignorar a isonomia, além de notadamente ceifar a possibilidade de pleitear os direitos e deveres concernentes aos filhos menores. Assim, buscase com o presente trabalho a análise dessa visão retrógrada do Poder Judiciário, bem como propor um debate para busca de alternativas para a superação desse modelo trivial de julgados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Guarda Compartilhada ; Isonomia; Direito De Família.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O princípio da isonomia de gênero, que tem por objetivo principal iluminar toda a Ciência do Direito Pátrio, não deixou de fora nenhuma de suas subdivisões e ramos jurídicos. O Processo Civil, deve-se fazer presente, sempre a observar esse direito fundamental e pétreo ao se deparar com as situações fáticas de casos concretos advindos de lides que tangenciam o instituto da guarda familiar.

A harmonização de fontes normativas, especialmente no que toca ao direito de família, em que a evolução extraordinária dos fatos parece ter surpreendido o legislador da codificação (TEPEDINO, 2003, p. XV), torna-se indispensável à consecução, no âmbito das relações jurídicas ali contempladas, dos princípios e valores constitucionais.

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela UNISINOS. Advogada. Docente no curso de Direito da URI, *campus* Santo Ângelo. E-mail: letiritter@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da URI, *campus* Santo Ângelo. Estagiário. E-mail: contato\_sa@hotmail.com.

Com efeito, a incidência direta dos princípios constitucionais no direito de família, especialmente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88) e da igualdade substancial (art. 3º, III da CF/88) leva o intérprete, em primeiro lugar, a considerar a tutela dos interesses desenvolvidos nos processos relativos à guarda de crianças, eis que a própria Carta Constitucional estabelece, em seu art. 227, a doutrina da proteção integral, constituindo o dever da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, dentre outros.

Porém, o Poder Judiciário, ao se confrontar com a rotineira demanda no âmbito do Direito de Família, segue mantendo a mesma linha de proferimento de liminares de forma automatizada, além de sentenças preponderantemente favoráveis a geratriz, mesmo com o advento da Lei 13.058, de 23 de dezembro de 2014, que transformou a guarda compartilhada como regra no país. Diante disto, imperiosa a análise dessa visão do Poder Judiciário, bem como propor um debate para busca de alternativas para a superação desse modelo trivial de julgados.

## **METODOLOGIA**

A metodologia de abordagem será a dedutiva, partindo da CF/88 e o princípio da isonomia, discorrendo sobre a igualdade de gênero no código civil e ECA. Em seguida, pretende-se abordar as questões do processo de guarda. No desfecho, procura-se qual o melhor caminho interpretativo da norma vigente em busca do melhor interesse da criança.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Nossa carta magna, em consonância com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, positivou a luta histórica das mulheres, trazendo à baila o princípio da igualdade e isonomia de tratamento no que se refere a gênero humano. É mister equalizar a balança de todas as desigualdades existentes, pois somente aí encontra-se o verdadeiro axioma do Estado Democrático de Direito programatizado em nosso direito pátrio. Em pleno século XXI é surreal a ideia de que algum gênero possa ser preterido em relação a direitos, deveres e demais aspectos político-sociais de qualquer espécie.

Não se pode olvidar que, diante de injustiças históricas, a busca pela igualdade entre homens e mulheres foi inerente diante de tal evolução social. A ciência da sociologia demonstra de forma clara que quaisquer grupos de seres humanos têm a tendência de se modificar e evoluir com o transcorrer do tempo. Todavia, tal evolução tem apresentado distorção no campo processual civil, diante do poder judiciário, que transparece muitas vezes, através de decisões notadamente estagnadas, sem inovações jurídicas necessárias para acompanhar o ritmo crescente de mutabilidade das relações humanas, precipuamente no campo do direito de família. Destarte, a própria Constituição

estabelece que a família é a base da sociedade, ou seja, nota-se a importância dada à família, considerada como fundamento de toda a sociedade.

Há de se reiterar, nesse oportuno momento, que o constituinte de 1988 representou para a nação um grande avanço na igualdade entre homens e mulheres, que acabara por iluminar a seara familiarista. Faz no Brasil contemporâneo, a busca da igualdade material em diversos aspectos, como a participação feminina no mercado de trabalho entre outros. Ainda há distorções, quando se vislumbra, a título de exemplo, a remuneração percebida que segue sendo inferior ao do homem. Contudo, essa presença de isonomia formal aparece também de forma inversamente proporcional, quando nos deparamos com o rompimento da relação familiar, envolvendo sua respectiva prole. Ocorre que, diante desse fato jurídico, o instituto do poder de guarda segue sendo um verdadeiro tabu, onde os magistrados de primeiro grau permanecem tomando as decisões retrógradas de optarem pela geratriz ao arrepio do princípio supracitado. Além disso, incorre também o mesmo antagonismo em relação ao princípio - também constitucional - da imparcialidade do juiz diante do caso concreto. Senão, vejamos o que preconiza a Carta Magna “Art. 5º, I – Homens e Mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos dessa constituição” (BRASIL, 1988).

Destarte, o princípio da isonomia só tem sentido se toda ordem jurídica infraconstitucional observar a norma máxima pátria, vedando desse modo, o Poder Legislativo de postular leis que galguem para situações injustas e desiguais, em outras palavras:

O importante é que o legislador tenha como objetivo estabelecer tratamento desigual para situações desiguais, não podendo, todavia, tratar desigualmente situações que não são desiguais, sob pena de incidir em inconstitucionalidade. (BARRUFFINI, 2008, p. 120).

Os doutrinadores, focados no código civil pátrio, seguindo o primado da Carta Magna e trazendo por base a evolução social no que se refere a colocação do papel e dos direitos da mulher, afirmam que a busca da igualdade deve sempre ser observada com o máximo de zelo pelos operadores da ciência do direito. O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, elencado pela doutrinadora Maria Helena Diniz, orienta que “com esse princípio desaparece o poder marital, e autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas em comum acordo entre os conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade convivencial ou conjugal.” (2014, p. 33). Ora, se na constância do casamento e das relações amorosas, o que se busca é a igualdade, não resta outra dedução lógica do que, ao seu término, seguir o mesmo pensamento decisório. Ainda, a renomada autora discorrendo sobre essa pauta, elucida o critério também constitucional ao dizer que “a constituição federal [...] estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, que deverá servir de

parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio” (2014, p.35).

A mesma doutrinadora orienta que o direito de guarda é um verdadeiro poder-dever, conservando a prole junto a si, dando educação, correção, vigilância entre demais espécies de zelo. Outrossim, “se os pais estiverem separados de fato, os direitos de ter os filhos em sua companhia e guarda cabem tanto ao pai como a mãe” (DINIZ, 2014, p. 624).

A própria guarda basilar, definida pelo atual Código Civil como sendo a compartilhada, de forma a equalizar a dicotomia entre os genitores, aduz que:

[...] podemos reconhecer a incidência do princípio da igualdade na própria guarda compartilhada, modalidade especial de arranjo em que o pai e mãe, sem cunho de unilateralidade ou prevalência, exercem simultaneamente os direitos e deveres decorrentes e inerentes ao poder familiar, corresponsabilizando-se pelo seu filho. (GAGLIANO, 2012, p.83)

Oportuno, ao receber uma ação de guarda, o julgador se nortear pela regra geral, analisando cada caso concreto, pois o início da verificação do conteúdo do exordial deve ser pautado – sempre - pela busca da igualdade de fato. Temerário, nos dias atuais, seguir as decisões de linhagem histórica, do pai ser somente o provedor e a mãe a mantenedora familiar; ou ainda; em muitas fundamentações de que, como não há harmonia entre os genitores não se pode deferir guarda compartilhada.

Ora, o próprio texto legal não expõe critérios dessa monta, apenas contextualiza que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor” (BRASIL, 2014).

Diante da verificação da norma supracitada, não há como vislumbrar quaisquer tipo de critério para a aplicação imediata, recebida a petição inicial, senão a da guarda em sua forma compartilhada. O que se aduz do texto legal é de que, no transcorrer processual, um dos pais do petiz deverá declarar que não deseja que seja dessa forma. Ademais, o princípio da isonomia constitucional é o que deve reger tais demandas, pois na relação de pais e filhos, não há hipossuficientes, tampouco predileção do menor em relação a um de seus genitores.

Transcorrendo as leis infraconstitucionais, nos deparamos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu corpo visa aprimorar o instituto da guarda familiar em seus mais diversos aspectos, repisando a busca da efetividade aos direitos fundamentais citados alhures, bem como a legitimação da convivência familiar e comunitária, o que elucida em seu Art. 19: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (BRASIL, 1990).

Em sequência, determinado no mesmo Estatuto, tem-se que a guarda obriga à prestação de assistência moral, material e educacional à criança ou adolescente. Extrai-se também o direito de se opor contra terceiros, dando-lhe assim, o atributo de pátrio poder constante em relação a sua respectiva prole. Outrossim, que “o Estatuto não discrimina a pessoa do guardião no que diz respeito ao seu estado pessoal ou familiar; a única restrição diz respeito ao estrangeiro residente ou domiciliado fora do país, ao qual é vedada a guarda [...]” (CURY; SILVA; MENDEZ, 2002, p. 132); ou seja, entre os genitores biológicos e devidamente identificados diante registro legal de nascimento, estes não podem ser discriminados entre si, tampouco há ordem preferencial no que concerne o instituto da guarda entre os pais.

Entretanto, segundo doutrina STRECK, “os juízes costumam jactar-se de que, primeiro decidem (chegam a conclusão), e só depois justificam/fundamentam o que ‘antes foi decidido’” (2003, p. 223/224). E, como o próprio jurista refere, encontram um atalho no processo de conhecimento, tornando a verdade um produto de uma adequada manipulação desse procedimento cognitivo mascarado pelas diversas metodologia hermenêuticas, que mediante uso de diversos cânones e fórmulas, procuram dar a ilusão da certeza do processo interpretativo.

Neste ponto cumpre referir que não há que se confundir discricionariedade com parcialidade. O Juiz tem suas preferências e inclinações ideológicas, sendo, portanto, parcial. Ele decide a partir de suas percepções de contato com as provas trazidas ao processo. Todavia, atendendo ao princípio da imparcialidade “não deve deixar suas convicções, suas predileções sobrepujarem os elementos constantes dos autos. Isto é ser humanamente imparcial” (RIBEIRO, 1998, p. 20/21).

Assim, como o Poder Judiciário surge como sendo o pacificador social, o meio que a sociedade encontra para a solução de seus respectivos conflitos, inclusive relativos ao seio familiar, não pode ele, ao arrepio da lei da guarda compartilhada, inovar no meio legislativo de forma a criar discórdia social, um verdadeiro antagonismo diante do qual foi instituído o seu poder.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Parece mais razoável, independentemente da linha hermenêutica a se guiar, ao receber o exordial de uma demanda dessa natureza, seguir a determinação do Código Civil, dando de imediato a guarda na sua forma compartilhada em caráter liminar. Ora, não há outro caminho a ser trilhado ao observar a parte dispositiva salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor; ou seja, outra modalidade de guarda só poderá ser determinada ouvindo-se o outro polo processual, logo, o requerido.

Ignorar de forma precípua, sem observância de manifestação contrária a guarda compartilhada, é o mesmo que inovar legislativamente, o que não cabe ao magistrado, tornando o dispositivo que trata do tema da guarda compartilhada, verdadeira letra morta.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, traz positivado em seu bojo o verdadeiro norte para a solução da lide em tela: o princípio do melhor interesse da criança, que também se faz extremamente necessário, pois de acordo com a sua vontade de fixar residência e sua respectiva preferência paternal, independe de maiores debates processuais, tendo em vista que o principal sujeito de direito nesse tipo de demanda é ninguém mais que o petiz, que por certo, não havendo maiores problemas, como alienação parental entre outros, deve ter respeitada a sua vontade. Por fim, vale ressaltar que a melhor peça processual que auxiliará o Estado-Juiz de fato a vislumbrar a forma mais adequada, verossímil e menos traumática advém do laudo pericial do psicólogo forense.

## REFERÊNCIAS

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4 ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 20/21.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (jurídica): Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn**. In Aunário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002**, in GUSTAVO TEPEDINO (coord), A Parte Geral do Novo Código Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito Constitucional 1**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 28 set. 2016.

BRASIL, **Lei nº8069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em 28 set. 2016.

BRASIL, **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em 28 set. 2016



## **A CULTURA PATRIARCAL DO ESTUPRO**

*Lisiane Falk<sup>1</sup>*

*Sinara Maria Flores Matozo<sup>2</sup>*

*Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez*

### **RESUMO**

De tempos em tempos, aparecem reportagens nos veículos de mídia onde é mostrada a realidade de vítimas de estupro e suas histórias chocantes. Observa-se que ainda na contemporaneidade se reproduz uma cultura sustentada por vários anos em meio a uma sociedade patriarcal, na qual a mulher enquanto vítima do estupro, é objetificada, pois somente se reconhece a ilicitude da conduta se ela for honesta e do lar. Assim, o presente estudo tem por escopo analisar a prática do estupro na sociedade atual que, embora tenha como bem jurídico a dignidade sexual, ainda defende os costumes e inferioriza a mulher.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal; Estupro; Cultura Patriarcal; Mulher.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Cultura do estupro é o termo usado para abordar as maneiras em que a sociedade culpa as vítimas e normaliza comportamentos sexuais violentos dos homens. Infelizmente, na sociedade contemporânea o comportamento sexual violento é tido como normal, decorrente disso, a culpa pelo assédio ou pela violência sexual recai sobre a vítima, revelando que existe uma cultura do estupro e que ainda há pouca reflexão e debate sobre o tema.

A cultura do estupro é consequência da naturalização de atos e comportamentos machistas, sexistas, que estimulam a agressão sexual, fazendo a mulher acreditar que o homem tem poder sobre seu corpo. Esses comportamentos podem vir de diversas formas: piada na rua, "cantada", assovios, perturbando e ofendendo a dignidade sexual da mulher.

Na cultura do estupro, as mulheres vivem sob constante ameaça, o que traz consequências sérias pois fere direitos, em especial os das mulheres.

### **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada no desenvolvimento dessa pesquisa é dedutiva, baseando-se na análise sócio analítica dos fatos, bem como tem como fonte de pesquisa as legislações vigentes e doutrinas acerca do tema.

---

<sup>1</sup> Discente do 8º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Santo Ângelo. E-mail: lisiifalk@hotmail.com.

<sup>2</sup> Discente do 6º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Santo Ângelo; E-mail: sinaramatozo@hotmail.com

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Até o ano de 2009, o título da antiga redação do Código Penal era: Crimes Contra os Costumes. Essa realidade não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais previstos no título VI do Código Penal. O foco da proteção era a mulher honesta, e tal caracterização se dava àquela que se realizava atividades consideradas do lar e de cunho maternal, sendo assim, o bem juridicamente protegido era a forma com que as pessoas (mulheres) se comportavam sexualmente perante a sociedade.

Até o ano de 2005, existia na lei brasileira um dispositivo de certa forma curioso – se uma mulher vítima de violência sexual se casasse com seu agressor ou outro homem que aceitasse sua condição, o crime simplesmente deixaria de existir. O casamento era uma forma de extinguir o peso do agressor. Isto estava previsto na Lei 11.106.

Com a nova redação dada pela lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, o Código Penal passou a prever os crimes contra a dignidade sexual, onde o sujeito ativo e passivo podem ser considerados tanto homens quanto mulheres. A dignidade sexual, bem jurídico que passou a ser protegido, é uma das espécies do gênero da dignidade humana (GRECO, 2016).

Uma recente pesquisa realizada entre os dias 1º e 5 de agosto pelo instituto Datafolha, e divulgada dia 21 de Setembro pelo site g1.globo.com, traz dados alarmantes. A pesquisa mostra que 1 a cada 3 brasileiros diz que a culpa do crime em enfoque é da mulher. A pesquisa abrange vários fatores, como idade, região e nível de escolaridade dos entrevistados, e o que se percebe é que na região nordeste, as mulheres, maiores vítimas do estupro, têm mais medo de sair sozinha na rua. E o dado mais alarmante é que o pensamento de que a culpabilização da vítima é o ponto chave do crime não é apenas entre os homens, que são a maior parte dos sujeitos ativos deste crime, mas é também das mulheres, as maiores vítimas desta brutalidade (UOL, 2016).

A pesquisa revela que esse pensamento, descrito acima, é maior entre pessoas mais velhas, ou seja, as que estavam (e ainda estão apesar da mudança na lei) inseridas na cultura da “mulher tem que ser apenas do lar”. Como referido acima, não houve a correta inserção das pessoas nessa nova lei e, por isso, ainda sofremos com pensamentos tão retrógrados quanto este. O nível de escolaridade também é um fator fundamental. A pesquisa mostra que pessoas com maior nível de instrução são contra esse pensamento, o que nos traz um fio de esperança ligado à educação.

No mês de maio deste ano, um crime chocou o Brasil e o mundo. No Rio de Janeiro, uma jovem foi violentada por mais de 30 homens e acordou dopada e com imagens suas espalhadas pelas redes sociais e mídias. A jovem é usuária de drogas, e no momento do crime estava desacordada, afirmando não lembrar de nada. O fato de a jovem ser dependente química não justifica em hipótese alguma o comportamento dos homens, ideia essa que muitas pessoas têm (G1/SP, 2016).

E mais perto de nossa realidade ainda, em Júlio de Castilhos, no estado do Rio Grande do Sul, em fevereiro de 2014, uma jovem engravidou de seu próprio pai, e contou que sofria abusos dele há algum tempo. O promotor de justiça do caso a chamou de mentirosa, e que não tinha responsabilidade para assumir uma criança, mas que para “abrir as pernas” (palavras usadas pelo promotor no dia da audiência) ela podia. Ou seja, o pensamento machista sobre essa conduta horrenda não é apenas em quem não tem acesso à uma boa educação, ou está inserido em determinada classe social. Esse pensamento é dominante em grande parte da população.

Trata-se, em suma, de ressaltar a construção de um espaço público politizado pelas mulheres como sujeitos pela via da positividade dos Direitos, condizente a uma construção positiva (não defensiva) da cidadania. E, enfrentar-se como sujeito, implica preliminarmente, se autopsicanalizar e decodificar os signos de uma violência relacional, deslocando a auto-imagem de mulheres sempre violentadas (STRECK, 2001).

Em nossa sociedade, as mulheres foram à luta para garantir direitos básicos, como poder estudar, ou até mesmo votar, e todas essas conquistas estão firmes e crescendo no tempo. Infelizmente, o que ainda tem que ser mudado é a mente das pessoas sobre coisas bem mais graves. O machismo, além do abuso sexual em si, começa com atitudes muito pequenas e levadas na brincadeira, e é aí que mora o perigo. Desses pequenos deslizes, começam a surgir maiores.

Outra grande dificuldade é para que a mulher denuncie o crime. Grande parte conhece o agressor, ou mantém algum tipo de relação com ele, e por isso se sente com medo, ou até mesmo ameaçada algumas vezes, em querer denunciar. Muitos casos acontecem dentro de casa, as pessoas até possuem conhecimento do fato às vezes, mas não denunciam e, assim, não há responsabilização do infrator.

O ordenamento jurídico vem se adaptando à sociedade e com isso traz inovações que precisam ser colocadas em prática, e tiradas do papel. O estupro muitas vezes passa maquiado, mas ações podem ser feitas para mudar essa imagem.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ordenamento jurídico, com o passar dos anos, vai se adaptando a sociedade em que está inserida e sua evolução. Os avanços conquistados pelas pessoas devem ser exaltados e que sirvam de exemplo para outras sociedades. O Brasil, apesar de ser retrógrado em vários aspectos, adaptou sua lei penal no que diz respeito ao estupro, e suas caracterizações e penalizações, mas tal ideia é recente, e não foi corretamente inserida na sociedade, onde permanece a cultura de que a mulher que sai na rua sozinha, usa roupas “inadequadas”, tem comportamentos diversos dos esperados e “pede para ser estuprada”.



O papel dos pais em educar seus filhos homens lhes ensinando bons costumes para com as mulheres, e as filhas a saberem que o corpo e as atitudes dizem respeito somente à elas, e que o poder de controle é todo delas. O papel da educação em uma sociedade machista é de abrir as mentes fechadas, que ainda pensam que tais atitudes de violência são completamente normais. Por sua vez, o papel do ordenamento jurídico é observar tais atitudes, punir devidamente os infratores e dar todo o aparato necessário para proteger as vítimas desse crime brutal que está presente a cada dia.

## REFERÊNCIAS

**GLOBO. MP investiga promotor que chamou vítima de abuso sexual de mentirosa.**

Disponível em:<

<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/09/declaracoes-de-promotor-contra-vitima-de-estupro-causam-polemica.html>>. Acesso em 28 Set. 2016.

**GLOBO. Jovem faz exames após suspeita de sofrer estupro coletivo no Rio.**

Disponível em:<

<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/jovem-que-teria-sido-vitima-de-estupro-coletivo-faz-exames-no-rio.html>>. Acesso em 28 Set. 2016.

**GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal.** Parte Especial. V. III. Niterói: Impetus, 2016.

**UOL. Um em cada 3 brasileiros concorda que mulher tem culpa por estupro, diz pesquisa.** Disponível em:<

<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/09/21/um-em-cada-3-brasileiros-concorda-que-mulher-tem-culpa-por-estupro-diz-pesquisa.htm>>. Acesso em 28 Set. 2016.

**STRECK, Lênio. O ideal normativo da masculinidade. In: Cadernos Themis Gênero e Direito,** Porto Alegre: Sulina, n. 1, p. 40-47, 2001.

## **O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRESSUPOSTO LÓGICO À IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO<sup>1</sup>**

*Luciana Batista<sup>2</sup>*

*Renata Allegretti de Brum<sup>3</sup>*

*Orientadora: Luana Maira Moura de Almeida*

### **RESUMO**

A presente pesquisa aborda o princípio do desenvolvimento sustentável como pressuposto para a efetivação de um ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, procura-se analisar até que ponto o desenvolvimento econômico encontra-se de acordo com os parâmetros constitucionais de sustentabilidade e com a garantia ao meio ambiente equilibrado. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, partindo de uma abordagem sócio analítica, cuja técnica de pesquisa se baseia em fontes doutrinárias, bem como leis e normas jurídicas, dentre outros documentos relativos à temática. Deste modo, o presente estudo pretende demonstrar a viabilidade do desenvolvimento econômico sem que haja prejuízo à dimensão ecológica, o que somente será possível mediante a implementação de políticas públicas voltadas, sobretudo, à proteção ambiental e a conscientização acerca do manejo adequado dos recursos naturais.

**PALAVRAS-CHAVE:** meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direito fundamental, ambiente ecologicamente equilibrado.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi inserido no regramento jurídico brasileiro como um princípio fundamental do Estado democrático de Direito, restando consagrado no texto constitucional a garantia ao meio ambiente equilibrado, para a manutenção da sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, e, conseqüentemente, essencial à sobrevivência da humanidade. Associada a esta preocupação ecológica, não

---

<sup>1</sup> Pesquisa realizada junto a Graduação do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS, para a disciplina de Direito Ambiental, ministrada pela Prof. Orientadora Luana Maira Moura de Almeida, Professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada ao Alto Uruguai e Missões (URI), Campus de Santo Ângelo, mestre em Direito, coordenadora do Núcleo de Monografia e dos Projetos de Extensão e Pesquisa acerca da "Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana" e "Estado Socioambiental e Democrático de Direito", respectivamente, e que se encontra em processo inicial.

<sup>2</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. E-mail: luciana.batista2011@hotmail.com

<sup>3</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. E-mail: renata.allegretti@hotmail.com

se pode ignorar que frente às necessidades oriundas da sociedade moderna torna-se essencial repensar os ideias de desenvolvimento econômico, principalmente no tocante a devida utilização dos recursos hídricos.

Nesse contexto, pretende-se abordar as prerrogativas atinentes ao desenvolvimento econômico, partindo de um pressuposto de viabilidade entre economia e sustentabilidade, elencando como parâmetro os direitos e garantias socioambientais.

## **METODOLOGIA**

No presente trabalho, o modo de análise a ser utilizado é o dedutivo, sendo que o método de procedimento desenvolvido será uma abordagem bibliográfica e documental, bem como a técnica da pesquisa será realizada por meio de consultas em doutrina e legislação.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

O direito ambiental trata-se de um ramo do direito público, o qual se caracteriza como um instrumento regulador de condutas humanas através de leis específicas, bem como de princípios basilares, objetivando: “[...] o controle da poluição, a fim de mantê-la dentro dos padrões toleráveis, para instituir um desenvolvimento econômico sustentável, atendendo as necessidades das presentes gerações sem privar as futuras da sua dignidade ambiental [...]” (AMADO, 2015, s.p). Atentando para este fato, denota-se a necessidade de definir o que é o meio ambiente, sendo este conceito esmiuçado no artigo 3º da Lei 6.938/19981 – Política Nacional do Meio Ambiente, o qual dispõe que “1 - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Assim, resta evidente a preocupação do legislador em introduzir na conceituação de Meio Ambiente um elemento essencial, tal seja, a vida, entendida em todas as suas formas, tanto humana quanto animal e vegetal. Trata-se, pois, de uma percepção biocêntrica<sup>4</sup> (BELTRÃO, 2014, s.p).

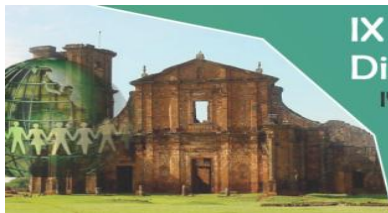
Doutro lado, as doutrinas trazem uma conceituação mais ampla do que diz respeito ao meio ambiente, pois compreende o meio ambiente não apenas sob o aspecto natural, mas também os elementos culturais, artificiais e do trabalho.

Desse modo, para Fabiano Melo de Oliveira:

Entende-se como meio ambiente físico ou natural aquele integrado pela flora, fauna, os recursos hídricos, a atmosfera, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera.

---

<sup>4</sup> A corrente biocêntrica leva à conclusão de que o meio ambiente e seus elementos possuem uma importância fundada em sua própria existência, e devem ser defendidos como seres e existências autônomas. É uma corrente ética que busca reconhecer um valor inerente a todo ser vivo, e não só ao ser humano [...] (FERREIRA, 2014, s.p).



## IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania

### IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



O meio ambiente cultural, por sua vez, constitui-se do patrimônio cultural, artístico, arqueológico, paisagístico, etnográfico, manifestações culturais, folclóricas e populares brasileiras. O meio ambiente cultural é composto tanto pelo patrimônio cultural material quanto pelo patrimônio cultural imaterial. Considera-se patrimônio cultural material aqueles bens móveis e imóveis relevantes no processo cultural, tais como os imóveis tombados, obras de artes etc. Já o patrimônio cultural imaterial é constituído pelos saberes, lugares, celebrações e formas de expressão. Como exemplos, as festas religiosas [...].

O meio ambiente artificial é aquele decorrente das intervenções antrópicas, ao contrário do meio ambiente natural, que existe por si só. O artificial é o espaço urbano, as cidades com os seus espaços abertos, tais como as ruas, praças e parques; e espaços fechados, como as edificações ou os equipamentos públicos urbanos, tais como de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado [...].

O meio ambiente do trabalho, por fim, possui vinculação com a saúde e a segurança do trabalhador [...]. O meio ambiente do trabalho preocupa-se, assim, com o obreiro em seu local de trabalho, a sua saúde, salubridade, condições atmosféricas, ergonomia etc (OLIVEIRA, 2014, s.p).

Conforme demonstrado acima, o aparato legislativo e doutrinário baseou-se, fundamentalmente, na ideia de proteção e conscientização acerca da utilização dos recursos naturais, possuindo como parâmetro os documentos internacionais oriundos das conferências realizadas pela Organização das Nações Unidas – ONU, tais como a Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente (1972) e o Relatório de Brundtland (1987), dentre outros documentos posteriormente elaborados.

O relatório de Brundtland foi quem definiu pela primeira vez o conceito de desenvolvimento sustentável, trazendo em seu texto que “A humanidade é capaz de tornar o desenvolvimento sustentável – de garantir que ele atenda as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também as suas” (ONU, 1987, p. 09).

Anteriormente à definição de sustentabilidade, já havia no âmbito jurídico brasileiro um regramento específico voltado à proteção ambiental – Lei da Política Ambiental do Meio Ambiente (PNMA), no entanto, a referida lei ainda se apresentava ausente de implementação/efetivação. Sendo que somente no ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal (CF/88), é que se pode vislumbrar uma verdadeira preocupação com a crescente degradação dos recursos naturais, consagrando-se então um capítulo específico voltado a proteção ambiental, cuja força normativa ensejou a aplicação dos preceitos especificados na aludida lei.

Desde então, os estudos e legislações foram direcionados a um posicionamento diferenciado, percebendo-se, portanto, que o direito ao meio ambiente sadio trata-se de um preceito fundamental constante de forma implícita no texto constitucional, pois a humanidade depende de um ecossistema equilibrado para a sua sobrevivência. Neste sentido, o artigo 225 da CF/88 prevê que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Nesta ótica, tem-se que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se inevitavelmente associado ao desenvolvimento sustentável, haja vista que não se pode falar em proteção ambiental e melhor qualidade de vida sem, contudo, pensar em desenvolvimento econômico. Assim, pressupõe-se a ideia de um planejamento racional, uma vez que os recursos naturais são finitos, ou seja, passíveis de escassez pelo manejo inadequado da atividade humana (BELTRÃO, 2014, s.p).

Seguindo essa orientação, o artigo 170, VI da CF/88 visa, de certa forma, a compatibilização da defesa do meio ambiente com a manutenção da atividade econômica, elencando que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. [...] (BRASIL, 1988).

Em referência ao preceito constitucional acima especificado, Frederico Amado infere que:

[...] a livre-iniciativa que fundamenta a Ordem Econômica não é absoluta, tendo limites em vários princípios constitucionais, em especial devendo observar a defesa do meio ambiente, conforme previsão expressa do artigo 170, inciso VI, da Lei Maior, inclusive devendo-se dar tratamento privilegiado aos agentes econômicos que consigam reduzir os impactos ambientais negativos em decorrência de seus empreendimentos (AMADO, 2014, s.p).

No mesmo sentido, Marcelo Abelha Rodrigues refere que:

[...] só é possível pensar em desenvolvimento verdadeiramente sustentável se o bem ambiental que servirá de matéria-prima à atividade econômica for renovável ou, no mínimo, puder ser renovado dentro de um prazo razoável. A renovabilidade deve ser avaliada levando-se em consideração não só o bem em si mesmo, mas o local onde se encontra, as peculiaridades da região e a função que ali exerce, etc. Não sendo renovável, certamente que não poderá ser implementada a atividade (RODRIGUES, 2015, p. 314).

Ainda no que diz respeito às políticas voltadas ao desenvolvimento sustentável, importante atentar para o artigo 186 da CF/88, o qual dispõe acerca da utilização consciente e racional de áreas produtivas rurais, para fins de cumprimento da função social da propriedade, conforme transcreve-se a seguir:



Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

[...] (BRASIL, 1988)

Na medida em que o princípio repercute no cotidiano dos indivíduos, percebe-se que ele busca uma unificação de condições sociais, para que dessa unificação surja a preservação e sustentabilidade ambiental das classes de baixa renda. É de conhecimento comum que com pouco poder aquisitivo, essas classes se submetem a níveis maiores de poluição, tanto por residirem em lugares insalubres, como pela falta de saneamento básico, ainda, são “consumidores” passivos das poluições ambientais geradas por grandes empresas (AMADO, 2015, s.p).

Doutro lado, existe o capitalismo e consumo exacerbado, corrompendo qualquer possibilidade de sustentabilidade, contudo o que impossibilita tal ação é a falta de investimento e interesse dessas empresas na questão ecológica, no entanto, essa premissa se encontra ultrapassada, conforme refere Marcelo Abelha Rodrigues “O erro está aí, qual seja, em se entender que o desenvolvimento não pode ser implementado sem sacrificar o meio ambiente” (RODRIGUES, 2015, p. 313-314).

O meio ambiente, conforme inicialmente mencionado é um bem de uso comum, o qual não existe um único detentor, ou seja, não se identifica a quem ou alguém como possuidor/dono, mas sim como um mantenedor, onde suas atividades não devem ser lesivas a nenhuma forma existente de vida biótica, da fauna, flora ou ecossistemas, sendo assim, consagrado como dever de todos, pessoas físicas ou jurídicas, do ramo público ou privado, a incumbência de manter, cuidar, preservar e utilizar de forma saudável os recursos naturais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De todo exposto, a presente pesquisa esmiuçou de forma breve o princípio do desenvolvimento sustentável, relacionando-o com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, apresentando ainda, algumas repercussões decorrentes da análise da legislação pátria, bem como da doutrina e demais princípios.

Por fim, pode-se dizer que a relação de sustentabilidade e regulação da vida encontram-se interligadas, haja vista que uma não existe sem a outra, pois, se por um lado a sobrevivência e manutenção do planeta depende da ação direta do homem, por outro, as necessidades diárias dos indivíduos também dependem da utilização dos recursos naturais.

Com isso, importante ressaltar que se faz necessário a aplicabilidade dos princípios reguladores do direito ambiental, assim como os demais dispositivos constantes na lei pátria, para que se efetive de forma plena a conservação de todas as formas de vidas que habitam esse planeta,



garantindo-se assim um meio ambiente sadio e equilibrado para as próximas gerações.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Resumo direito ambiental esquematizado**. 3.ed. Método, 2015. VitalSource Bookshelf Online. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6519-8/cfi/6/8!/4/2/2@0:32.5>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BELTRÃO, Antonio G. **Curso de Direito Ambiental**. 2.ed. Método, 2014. VitalSource Bookshelf Online. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5812-1/cfi/6/24!/4/200/4/2@0:59.7>>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 25 set. 2016

FERREIRA, Jurandir. **Entre o antropocentrismo e o biocentrismo: conceitos basilares e a situação no Brasil**. Disponível em: <<http://apenassobredireito.blogspot.com.br/2014/09/entre-o-antropocentrismo-e-o.html>>. Acesso em 25 set. 2016.

OLIVEIRA, Fabiano Melo de. **Manual de Direito Ambiental**. Método, 2014. VitalSource Bookshelf Online. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5756-8/cfi/6/32!/4/32@0:0>>. Acesso em: 25 set. 2016.

ONU, **Relatório de Brundtland – Nosso futuro comum**. Comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>>. Acesso em: 25 set. 2016.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Coleção esquematizado: direito ambiental**. 3.ed.. Saraiva, 2015. VitalSource Bookshelf Online. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547202125/cfi/310!/4/4@0:00:1.88>>. Acesso em: 25 set. 2016.

## **AS MEDIDAS CAUTELARES E SUA EXPECIONALIDADE: A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL<sup>1</sup>**

*Maria Helena Lacerda<sup>2</sup>*

*Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

No cotidiano da sociedade brasileira, nota-se a atuação da mídia quando se noticia a ocorrência de crimes e a aplicabilidade da lei, gerando, assim, um sentimento de impunidade no tecido social, pois muitas vezes são trazidas pelos meios de comunicação informações distorcidas. Por outro lado, percebe-se que as devidas ações tomadas pelas autoridades jurídicas, por muitas vezes, atendem estritamente à legislação, pois tem aparo no Código Penal e no Código Processual Penal, embora seja repassado à sociedade o sentimento de impunidade pela exploração midiática, deixando de atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle social; Princípios; Prisão; Sociedade; Impunidade.

### **METODOLOGIA**

Adota-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, enquanto o procedimento adotado no presente trabalho é o monográfico, histórico e bibliográfico, com técnica de pesquisa indireta através de coleta de dados para a elaboração da pesquisa por meio de livros, artigos de periódicos, revistas, pesquisa à legislação, sites da internet, e revistas jurídicas.

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Analisar-se-á a influência da mídia na expansão do Direito Penal e no controle social. Assim, nota-se que o sistema penal vem sendo bastante criticado, pois muitas vezes acredita-se que ele não está sendo aplicado. No entanto, em conformidade com Zaffaroni e Pierangeli, “[...]é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo (apesar de que frequentemente, inclusive neste âmbito, se tratou de encobrir

---

<sup>1</sup> Pesquisa relacionada à monografia de conclusão de curso.

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito da Uri, campus Santo Ângelo/RS.

<sup>3</sup> Doutora e Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul e Especialista em

Direito Penal e Processo Penal pela UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio

Grande do Sul. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Advogada. E-mail:

charliseg@santoangelo.uri.br

tal discurso, ainda que de forma grosseira, dado o inquestionável da realidade punitiva)" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p.69).

Por vezes se dispensa o código e as leis penais e constrói-se pré-conceitos motivados, geralmente, pela mídia, pois ao noticiarem matérias jornalísticas sobre alguns crimes são preparados e divulgados de forma diferente, dependendo da gravidade e de quem o comete.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, "[...] o direito penal não pode ter outra meta que não a de promover a segurança jurídica, posto que este deve ser o objetivo de todo o direito" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 91), ou seja, a segurança jurídica deve satisfazer todas as exigências formais. Assim, pergunta-se qual é o verdadeiro objetivo da legislação penal? Os autores Zaffaroni e Pierangeli têm uma ideia de resposta, qual seja,

[...] é lícito e necessário que tanto o político como o jurista, se perguntem quais devem ser as metas ou o objetivo da legislação penal, pois destas perguntas dependerá que, tomando em conta informações procedente da realidade, o político criticará a lei e indicará as reformas legislativas que aproximem a lei positiva a seus objetivos, enquanto o jurista, também tomando em conta a informação real, buscará pela interpretação o sentido e os limites das disposições legais, de maneira compatível com o objetivo legal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 89).

Portanto, o Direito Penal deve ter como objetivo a segurança jurídica e a pena deverá ter caráter retributivo e ressocializador, pois

somente respondendo à interrogação acerca do objeto que se deve atribuir à legislação penal, dentro de nosso Estado de Direito, no marco dos princípios constitucionais e internacionais, será possível criticar a lei positiva e indicar como poderia adequá-la melhor a este objetivo e também interpretar esta lei de forma coerente com tal objetivo (afastando, por institucionais, os extremos de absoluta incompatibilidades ou contradição, ou com efeitos paradoxais) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 90).

Diante disso, cabe ressaltar que o sistema processual brasileiro admite a hipótese de medidas cautelares, como a aplicação de medidas que estendam a população o sentimento de justiça. A medida cautelar conceitua-se, segundo Távora e Alencar, "como medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere e nem tão leves como a manutenção da liberdade do acusado, ate então condicionada ao mero comparecimento aos atos da persecução penal" (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p.816-817). Na visão de Paulo Rangel

A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim o caráter de urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual (RANGEL, 2010, p.751).

Assim, encontram-se presentes os requisitos a serem preenchidos para ser concedida tal medida, ou seja, o *fumus commissi delicti* e o *periculum*. “O *fumus commissi delicti* significa que deve existir indícios de autoria e demonstração de materialidade” (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 818). Nesse sentido, para o autor Fernando Capez

Nos termos do art. 282, I e II, do CPP, deverá ser observado o princípio da proporcionalidade para a decretação da prisão preventiva, sopesado por meio de dois requisitos: necessidade e adequação. Sendo o requisito da Necessidade: qualquer providência de natureza cautelar precisa estar sempre fundada no *periculum in mora*. Não pode ser imposta exclusivamente com base na gravidade da acusação, maior gravidade não pode significar menor exigência de provas. Sem a demonstração de sua necessidade para a garantia do processo, a prisão ser ilegal. Já o da Adequação: a medida deve ser mais idônea a produzir seus efeitos garantidores do processo. Se a mesma eficácia puder ser alcançada com menor gravame, o recolhimento à prisão será abusivo. O ônus decorrente dessa grave restrição à liberdade deve ser compensado pelos benefícios causados à pretensão jurisdicional. Se o gravame for mais rigoroso do que o necessário, se exceder o que era suficiente para a garantia da persecução penal eficiente, haverá violação ao princípio da proporcionalidade (CAPEZ, 2014, p. 350 e 351).

Têm-se seis espécies de medidas cautelares, ou seja, espécies de prisão processual cautelar, segundo Nucci:

São essa seis: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva; d) prisão em decorrência de pronúncia; e) prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível; f) condução coercitiva de réu vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia (NUCCI, 2014, p. 520).

E, segundo Fernando Capez, existe um rol de medidas cautelares diversas da prisão que estão previstas no art. 319, I a IX, do Código de Processo Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:  
I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;  
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;  
III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;  
IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;  
V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;



## IX Congresso de Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13



VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares (NR) (BRASIL, 2011).

Muitas vezes as medidas cautelares são adotadas em virtude de manter-se a ordem social, em casos de crimes hediondos e com grande repercussão social. O autor Guilherme de Souza Nucci afirma que

[...] se o réu é detido cautelarmente (em alguma das seis formas previstas), antes de sentença condenatória e de seu trânsito em julgado deve se submeter às mesmas regras que regulam a execução penal, porém devem ser compatíveis com a espécie de sua prisão. Como também deve ter assegurado todos os princípios e direitos previstos no Código de Processo Penal, como na Lei de Execução Penal (NUCCI, 2014, p. 944).

Portanto, deve-se saber, segundo Aury Lopes Jr., que o requisito principal para a decretação de uma medida cautelar no processo penal é a presença de um fato aparentemente punível e não a probabilidade de existência de direito de acusação alegado. Nessa ótica, o requisito correto é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito ou, com base no CPP a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria (LOPES Jr., 2013, p. 26). Assim, tem-se previsto ao acusado a aplicação de princípios que o beneficiam no desenvolvimento do processo penal e que poderá ajudar quanto a seu julgamento. Dessa forma, “assegura-se, portanto, a aplicação do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do direito à prova, do direito de não se autoincriminar, dentre outros, que regem o desenvolvimento regular do *devido processo legal*” (NUCCI, 2014, p.943).

Do mesmo modo, Aury Lopes Jr. afirma que

A base principiológica é estruturante e fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico, especificamente nessa matéria. Pois são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado coma garantia da presunção da inocência (LOPES Jr., 2013, p. 31).

Ou seja, deve-se sempre levar em conta os princípios como, por exemplo, o do contraditório e da ampla defesa, para que haja a devida aplicação do direito e que não se tenha abusos legais. Para o mesmo autor, especificamente nas medidas cautelares há cinco princípios que norteiam o sistema: a) Jurisdicionalidade e motivação; b) Contraditório; c) Provisionalidade; d) Provisoriedade; e) Proporcionalidade (LOPES Jr., 2013, p.31). Conforme aponta Aury Lopes Jr., as medidas cautelares se transformaram em uma dinâmica de urgência e assim causa na opinião pública a ilusão da justiça instantânea.

O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente (LOPES Jr., 2013, p. 44).

Portanto, conclui-se que as medidas cautelares estão perdendo sua legitimidade e que o problema não é legislativo e sim cultural, pois a sociedade quer que a justiça seja feita a qualquer modo e de forma instantânea, independentemente da gravidade do fato, das condições do crime, e não cumprindo o que está previsto no ordenamento jurídico.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esta pesquisa teve como objetivo demonstrar à sociedade que a legislação prevê alguns benefícios dados ao acusado de crime previsto no Código Penal. Assim, demonstra-se que está sendo cumprido o devido processo legal e não que a justiça não esteja sendo feita ou que está privilegiando o acusado, mas dando a ele o direito de se defender, de não produzir prova contra si mesmo, e o direito de responder pelo seu ato em liberdade. Portanto, nota-se a proteção aos direitos do cidadão como também o reestabelecimento da paz social, retirando o sentimento de impunidade da sociedade e dando ao acusado a esperança de, após responder penalmente pelos seus atos, ressocialização e de oportunidades.

## **REFERÊNCIAS**

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES Jr, Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010.



TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, **Manual de direito penal brasileiro**, parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



## **A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: CONTRIBUIÇÕES E PERSPECTIVAS AO PODER JUDICIÁRIO E DIREITO À MORADIA NO BRASIL<sup>1</sup>**

*Marlize Moura Felden<sup>2</sup>*

*Orientador: Jorge Humberto Machado Maroneze<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho tem como propósito discorrer sobre a importância dos meios que visem desocupar o poder judiciário brasileiro através de procedimentos meramente administrativos, dando ênfase a Usucapião Extrajudicial e a maneira que este instituto visa auxiliar na garantia do direito a moradia no Brasil de maneira eficaz.

### **METODOLOGIA**

O trabalho será desenvolvido através do método dedutivo, a partir de um raciocínio lógico de uma premissa geral e a delimitar para a premissa menor.

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A história da humanidade demonstra que a partir do momento que o homem passa a viver em sociedade e a conviver com seus semelhantes nasce a possibilidade de conflito entre os mesmos “[...] sua liberdade de ação foi limitada, pois os demais membros do grupo também eram dotados de interesses (às vezes conflitantes, ou diferentes)”. Para poder solucionar tais conflitos de interesses, a sociedade buscou de meios de fazê-lo “[...] para que a desordem e o caos não se instalem completamente e comprometam a própria manutenção e existência do grupo social.” (DUARTE, s.a, s.p).

Um dos meios para organizar e se buscar a resolução dos conflitos da sociedade ocorreu com a substituição da Autotutela pela ação do Estado. A Autotutela era um meio de “justiça” com as próprias mãos, chamada também de vingança privada, pois até então o Estado não era “[...] suficientemente forte para superar o ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso não só inexistia um órgão estatal, com

---

<sup>1</sup> A pesquisa é resultado do segundo e terceiro capítulo do trabalho de conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo RS, orientado pelo professor Jorge Humberto Machado Maroneze.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada ao Alto Uruguai e Missões (URI) Santo Ângelo

<sup>3</sup> Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Pós

graduado em Gestão Fazendária pela PUC-RS. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Auditor Fiscal da Receita Estadual do Rio Grande do Sul. Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada ao Alto Uruguai e Missões (URI) Santo Ângelo

soberania e autoridade [...] como ainda não havia sequer as leis [...]” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2013, p.29).

Com o passar do tempo a sociedade foi pouco a pouco percebendo que a necessidade da intervenção um terceiro imparcial para auxiliar na solução da lide, evoluindo assim da justiça privada para a justiça pública, na medida em que o Estado foi se fortalecendo e impondo-se perante os particulares, surgindo assim a jurisdição. Até dado momento, a ação jurisdicional do Estado mostrava-se eficaz como pacificação e resolução dos conflitos, porém esta, com o decorrer dos anos, acabou sendo sobrecarregada, ainda sendo eficaz, mas de maneira nada célere. O acesso à justiça findou sendo usado a toda e qualquer situação, para a sociedade o poder judiciário tornou-se o único meio de solução das lides.

Assim sendo, se faz necessário para a o exercício jurisdicional eficaz e célere, meios que desoprimam o Poder Judiciário diante da procura cada vez maior. Uma maneira para tal é dar a opção extrajudicial aos procedimentos onde não exista lide, sendo a função do judiciário por consequência, meramente administrativa, a exemplo da separação, divórcio e partilha de bens por escritura pública, retificação de registros públicos, e usucapião extrajudicial entre outros.

A usucapião extrajudicial é “[...] um processo administrativo voltado à análise de um conjunto probatório, com o fim de verificar se houve, ou não, a aquisição originária de um direito real imobiliário [...]”. Realizado inicialmente no Tabelionato de Notas e posteriormente em Cartório de Registros de Imóveis “[...] em cuja circunscrição territorial situe-se o imóvel usucapiendo e será presidido pelo oficial de Registros de imóveis, por si ou seus prepostos autorizados.” (BRANDELLI, 2016, p.19 e p.73.).

Possível quando preenchidos os requisitos necessários para esta modalidade, o mesmo fora introduzido pela nova redação do Código de Processo Civil “Muito embora tal instituto já existisse desde 2009 com a publicação da Lei 11.997/09, o procedimento administrativo só era proporcionado em casos de regularização fundiária de interesse social” (ALVES, s.a, s.p). Mas antes mesmo da supracitada lei, havia já, neste sentido, a possibilidade de retificação extrajudicial de registro imobiliário pela lei 10.931/2004. Assim, após o sucesso de tais medidas “[...] o novo CPC resolveu expandir tal instrumento, permitindo a regularização fundiária [...]” (VIANA JR, 2016).

No novo Código de Processo Civil, vigente desde 18 de março de 2016, fora introduzido ao ordenamento jurídico o artigo 216-A da lei 6.015/73 Lei de Registros Públicos que versa sobre Usucapião extrajudicial a todo aquele que os requisitos cumprir, no novo código este dispositivo encontra-se no artigo 1.071, nesse seguimento,

Art. 216 – A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do

interessado, representado por advogado, instruído com: (BRASIL, 1973).

Nos incisos do artigo citado acima, estão os requisitos para a realização da usucapião extrajudicial, sendo eles, o primeiro, que seja e efetuada uma ata notarial por tabelião, atestando a posse do requerente e dependendo do caso dos antecessores (BRASIL, 1973).<sup>4</sup> Através desta ata notarial lavrada,

“[...] poderá o Notário, por exemplo, descrever a situação do imóvel, colher declarações de pessoas eu possam dizer algo sobre o tema [...], narrar todos os elementos [...] a respeito de esclarecer sobre quem exerce a posse do imóvel usucapiendo, o tempo e a qualidade da posse do usucapiente, e que não tenham origem documental, pois neste último caso desnecessária será a ata notarial [...]” (BRANDELLI, 2016, p.77).

No novo Código de Processo Civil, encontra-se a previsão legal da ata notarial em seu artigo 384, assim “[...] a ata notarial será um instrumento muito útil não só para a usucapião extrajudicial, mas para todo o novo processo brasileiro, como para declarar o conteúdo de um site, recebimento de um SMS e diversos outros fatos, como a prova da posse também para a usucapião judicial (hipótese na qual não é obrigatória)” (VIANA JUNIOR, 2015, s.p).

Após procedimento no tabelionato, se faz necessário que, desde que acompanhada por advogado, o usucapiente, parte legitimada faça um requerimento no Registro de Imóveis, sendo que o mesmo “[...] deverá ser expresso e especial consubstanciado em um instrumento público, ou particular com firma reconhecida (art.221,II, da LRP) [...] requerendo a instauração do procedimento administrativo bem como o registro da Usucapião ao final [...]”. (BRANDELLI, 2016, p.75). O procedimento será desenvolvido sob orientação do Oficial de Registro de Imóveis, dispensada intervenção do Ministério Público (MP) ou homologação judicial, observando, entretanto, todas as cautelas adotadas na via judicial [...], devendo ser dada a devida ciência aos confrontantes, possíveis titulares do domínio e aos entes públicos (PAIVA, 2015, p.2).

O requerimento acima citado deve acompanhar a ata notarial, a planta e o memorial descritivo do imóvel usucapiendo, produzida e devidamente assinado por profissional habilitado “[...] com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes”. Também se fazendo necessárias certidões negativas da cidade de situação do imóvel e domicílio do solicitante, para comprovar que não há disputa judicial

---

<sup>4</sup> A ata notarial vem a ser, segundo o artigo 7º, III da Lei 8.935/1994 “[...] a narrativa objetiva de fato verificado ou presenciado pelo notário, sem seu juízo de valor. Sendo o notário detentor de fé pública, a ata constitui prova pré-constituída e goza de credibilidade plena para fins de prova [...]” (DEBS, 2016, p. 89).

sobre o imóvel, além de um justo título ou qualquer documento que demonstre “[...] a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel”, como dito no caput, necessitando obrigatoriamente a presença de um advogado (BRASIL, 1973).

Ainda, para a realização do instituto em área rural entre 250 e 500 hectare é exigida o georreferenciamento do local com a devida certificação do INCRA, sendo que “A partir de novembro de 2016, a exigência alcançará os imóveis entre 100 e menos de 250 hectares (Decreto 4.449/02, com as alterações posteriores)” (RAIMUNDO, 2016, p.1).

E por fim, deve conter o pedido de Usucapião Extrajudicial, o justo título, quando necessário para a modalidade deste instituto, ou “[...] ou qualquer outro documento eu faça prova dos requisitos cabíveis à espécie de usucapião invocada [...]” (BRASIL, 1973). Esse pedido terá a validade de 30 dias, a contar a data de protocolo junto ao Registro de Imóveis, sendo que após esta data o pedido é automaticamente cancelado, devendo ser refeito, sendo que “No momento do protocolo não há análise jurídica do pedido ou da documentação que o instrui, o que é feito em momento posterior, o da qualificação registral [...]” (BRANDELLI, 2016, p.g 87).

Poderá ser objeto desta nova modalidade de usucapião tanto o imóvel urbano quanto o imóvel rural, “Não há restrição legal em relação à área ou à situação do bem. Assim, nada impede o reconhecimento extrajudicial da usucapião de imóveis urbanos não regulares, como parcelas de loteamentos irregulares, ou de imóveis rurais com área inferior à fração mínima de parcelamento” (RAIMUNDO, 2016, p. 1).

Estando toda a documentação requerida de acordo com os preceitos legais, deve o registrador proceder a ciência aos interessados. A comunicação deverá realizada via edital pelo prazo de 15 dias, findo este período sem nenhuma impugnação o Oficial do Registro de Imóveis irá então realizar o registro da aquisição da propriedade em nome do requerente. Caso haja impugnação deverá o registrador remeter os autos ao juízo competente (PAIVA, 2015 p. 5).

Uma peculiaridade deste procedimento é que anuência do antigo proprietário deve ser demonstrada pelo Usucapiendo, do contrário aquele será notificado a se manifestar, entretanto o seu silêncio irá configurar-se como oposição ao reconhecimento da propriedade, como elencado no artigo 216-A da lei 6.015/73:

§2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância. (BRASIL, 1973).

Entretanto, a lei de Registros Públicos não versa sobre a hipótese de não ser localizado o registro do imóvel a ser usucapido e dos confrontantes, “A

lei não cuida dessa hipótese, mas o Código de Processo Civil de 1973 exigia 'a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo', e nunca se entendeu que a inexistência desse registro fosse obstáculo para a usucapião e para a ação" (RAIMUNDO, 2016, p. 1).

Assim, pode-se concluir que, tendo registro e sendo localizados os proprietários do imóvel e dos confrontantes os mesmos devem manifestar-se positivamente ao procedimento da Usucapião em questão para que o mesmo tenha seguimento extrajudicial, mas caso não seja possível a localização dos registros do mesmo, nada versa a lei, entendendo-se não ser obstáculo para seu seguimento. Para Leonardo Brandelli, "[...] seus titulares deverão anuir com o pedido de usucapião, pois, tratando-se de aquisição originária do direito real, pões em risco o direito daqueles, que não podem perder seus direitos sem a sua anuência, ou sem um julgamento com direito ao contraditório [...]" (2016, p. 95).

Todavia, este posicionamento pode ser questionado, no sentido de que somente será requerido a Usucapião Extrajudicial por aquele que já possui o direito adquirido, no que tange ao tempo de posse sobre o bem, cumprindo assim a função social da propriedade. Uma vez que, a função social não foi alcançada pelo proprietário usucapido, perdendo esse assim, o direito pleno sobre o imóvel discutido, devendo sim ser realizado um edital para permitir seu conhecimento dos fatos, mas não devendo necessitar da sua anuência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que fora explanado, verifica-se a importância da desjudicialização de procedimentos não contenciosos, de maneira a facilitar e agilizar atos que não possuem necessidades de serem levados a análise do poder judiciário. Deste modo é dado o direito de escolha as pessoas do melhor meio a ser utilizado, sendo ele judicial ou não.

Neste sentido a usucapião em cartório tende a ser um meio eficaz no que está se propondo, ser uma maneira célere sem perder a segurança jurídica necessária para tal instituto, desafogando assim o judiciário das possíveis demandas de ações de Usucapiões futuras. Através deste instituto, tornará mais célere todo procedimento e não menos eficiente que judicialmente, porém, concluiu-se que há ainda uma grande insegurança por parte de registradores e tabeliões, insegurança essa gerada pelo fato de ainda não constar normatização pelo Conselho Nacional de Justiça, fato este passível de solução.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Saudi Junior Teixeira. **O novo cpc e o "usucapião extrajudicial"**. Disponível em: <<http://saudi.jusbrasil.com.br/artigos/257062097/o-novo-cpc-e-o-usucapiao-extrajudicial>>. Acesso em 10.jun.2016.



BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião Administrativa**: De acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 07 de nov. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DUARTE, Paulo. **Formas de Resolução de Conflitos**. Disponível em: <[http://www.gostodeler.com.br/materia/14204/formas\\_de\\_resolucao\\_de\\_conflictos\\_lides\\_parte\\_1.html](http://www.gostodeler.com.br/materia/14204/formas_de_resolucao_de_conflictos_lides_parte_1.html)> . Acesso em: 10.mai.2016.

PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo CPC introduz a usucapião extrajudicial no país**. Disponível em: <[http://www.irib.org.br/files/obra/Versa771o\\_correta\\_Artigo\\_Lamana\\_Paiva\\_Usucapiao.pdf](http://www.irib.org.br/files/obra/Versa771o_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao.pdf)>. Acesso em: 20.jun.2016.

RAIMUNDO, Franscico. **Usucapião Extrajudicial**: Sugestões Para Qualificação No Registro De Imóveis. Disponível em: <[https://www.oficioeletronico.com.br/Downloads/cartilha\\_usucapiaoadm.pdf](https://www.oficioeletronico.com.br/Downloads/cartilha_usucapiaoadm.pdf)>. Acesso em: 18.jun.2016.

VIANA JUNIOR, Dorgival. **A Usucapião Extrajudicial No Novo CPC Brasileiro**. Disponível em: < <http://www.novocpcbrasileiro.com.br/a-usucapiao-extrajudicial-no-novo-cpc-brasileiro>> . Acesso em: 07.jun.2016.

## **A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO SUS ESTENDIDO AOS ESTRANGEIROS: A NECESSIDADE DE ACOLHER E RECONHECER O DIFERENTE<sup>1</sup>**

*Marsal Cordeiro Machado<sup>2</sup>  
Osmar Veronese<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

Este estudo tem como objetivo demonstrar como acontece o acesso dos estrangeiros ao Sistema Único de Saúde – SUS, tendo em vista que o aumento dos fluxos migratórios para o Brasil coloca na vitrine a responsabilização do Estado pela garantia de direitos fundamentais e sociais dessa população, destacando-se, o direito à saúde, oportunidade em que se propõe a fixação de alguns preceitos racionais hábeis a disciplinar a árdua tarefa de conviver com o diferente e garantir a efetivação de tal direito para essa minoria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estrangeiros; Multiculturalismo; Acesso à Saúde.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Um tema a ser discutido e trabalhado pelos Estados que constantemente recebem estrangeiros, como o Brasil, é a forma como essas pessoas, que passam a fazer parte da população local, são acolhidas e integradas. Por estar correlacionado ao direito à vida, o acesso pleno à saúde por parte dos estrangeiros destaca-se como um tema que deve, naturalmente, ser levado em consideração e ter seu campo de estudo aprofundado, já que neste ensaio não se busca apresentar um inventário completo, mas apenas averiguar as limitações que porventura dificultam o acesso ao direito à saúde por parte dos estrangeiros que se encontram em terras brasileiras, refletindo sobre a extensão desse direito universal a essa minoria específica.

---

<sup>1</sup> Pesquisa vinculada à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do Mestrado em Direito da URI, *Campus* Santo Ângelo/RS.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo/RS. Aluno especial do Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Santo Ângelo/RS. Servidor do Ministério Público Federal. E-mail: [marsal\\_cordeiro@hotmail.com](mailto:marsal_cordeiro@hotmail.com)

<sup>3</sup> Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Valladolid, ES, Professor de Direito Constitucional da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI (Graduação e Mestrado) e do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA), Santo Ângelo/RS, Procurador da República. Autor dos livros “Constituição: reformar para que(m)”, “Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador”, publicados pela Editora Livraria do Advogado e “Constituição: um olhar sobre minorias vinculadas à Seguridade Social” (em coautoria com Jane Berwanger), publicado pela Editora Juruá. E-mail: [osmarveronese@gmail.com](mailto:osmarveronese@gmail.com)

## **METODOLOGIA**

O trabalho será elaborado a partir do método hipotético-dedutivo, e adota o método de procedimento monográfico.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Na era global, os contatos entre os países distantes multiplicaram-se, possibilitando maior relacionamento entre os povos com culturas diferentes, sobretudo a partir do final do século XX, quando o processo de imigração é acelerado devido ao impulso dos fatores tecnológicos, o que, por consequência, causa impacto nos atores que o cercam: população local, indivíduo estrangeiro e Estado.

Nesse contexto, o deslocamento para além das fronteiras de uma população possui duas faces: de um lado, positivamente, pode representar um saldo social e econômico através da agregação de valores e mão de obra; de outro, notadamente para os estrangeiros, pode trazer consequências negativas como o afastamento dos valores tradicionais, inserindo-os em novas vivências sociais e culturais, que podem ser traumatizantes. Os fluxos migratórios, quando pessoas se deslocam dos seus Estados de origem para outros Estados não se constituem em comportamento linear, sendo o movimento populacional condicionado a outros procedimentos determinantes (CASTRO, 2001).

As causas que levam ao fenômeno migratório são variadas, entre elas a busca de qualificação acadêmica e profissional, as relações familiares, tragédias naturais, perseguições religiosas e políticas e, também, o desrespeito aos direitos humanos e fundamentais dos países de origem, conjugados com a ausência de uma estrutura social para salvaguardar direitos básicos, são alguns dos fatores motivadores que influenciam pessoas a se deslocarem de seu país originário, onde são nacionais, para buscarem uma vida diferente no Estado que as recebem. O processo migratório, nesse sentido, é uma característica intrínseca do ser humano, que tem a necessidade de movimentar-se constantemente, deslocando-se no espaço (MAZZUOLI, 2011, p. 709).

Por essa razão, sendo a entrada de estrangeiros um fato recorrente e crescente, urge a necessidade de salvaguardar os direitos humanos e sociais básicos desses indivíduos que se encontram em território nacional diverso.

Apesar disso, o fato de a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, *caput*, ter expressamente referenciado os estrangeiros residentes acabou colocando em pauta a discussão acerca do alargamento da titularidade dos direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes no Brasil, e também sobre a definição do que vem a ser “residentes”, para, sendo o caso, justificar eventual recusa da titularidade de direitos aos demais estrangeiros – não residentes.

Sobre o tema, Sarlet (2012, p. 243) pontua que a interpretação deste dispositivo constitucional deve ir além da letra lei, indo ao encontro do princípio basilar da dignidade da pessoa humana e da correlata noção de titularidade



universal dos direitos humanos e fundamentais, devendo, pois, alcançar a todos, mesmo os estrangeiros não residentes no País, mas que aqui estejam provisoriamente, quiçá, de passagem, tendo contato com o ordenamento jurídico pátrio.

O ser humano, independentemente da nacionalidade, de fixar, ou não, residência em solo brasileiro, não pode ser tratado como objeto de escolha quando faz jus a titularidade de direitos, sobretudo aqueles considerados fundamentais. Alcança-lhe, nesse cenário, o princípio da universalidade, que, fortemente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana e no âmbito de sua assim designada função interpretativa, na dúvida, implica uma presunção de que a titularidade de um direito fundamental é atribuída a todas as pessoas (CANOTILHO et al, 2013, p. 191).

Especificamente sobre o direito à saúde, a Lei Maior, no art. 196, assevera que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). É aqui que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, pois basta uma leitura superficial ao dispositivo para percebermos, no que diz respeito a forma de positivação, que nos encontramos tanto em face de uma norma definidora de direitos (direito à saúde sendo subjetivo, de todos, portanto de titularidade universal), quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas (SARLET, 2012, p. 577).

Na mesma linha, estando expressamente disposto no texto constitucional,

a saúde é direito de todos, cuidando-se, portanto de direito universal, pois parece elementar que a saúde – à semelhança, aliás, de outros direitos fundamentais -, que por sua vinculação com o direito à vida e à integralidade física e corporal, quer por sua própria natureza, há de ser um direito de todos (de qualquer um), não podendo ter sua titularidade restrita, pelo meno não na forma generalizada e sem exceções (CANOTILHO et al, 2013, p. 1934-5).

A saúde tutelada no texto constitucional pressupõe a democracia, de modo que toda pessoa possui acesso ao direito fundamental à saúde, razão pela qual necessário ter políticas públicas que acolham a tudo o que está incluído no conceito de saúde (DALLARI, 1995, p. 30-32). Sua implementação, realizada descentraliza da mente através do Sistema Único de Saúde – SUS trouxe consigo um novo conceito do processo saúde-doença, abrigando os princípios da universalidade, equidade, integralidade da atenção e participação comunitária para o conjunto das ações que abrangem um ciclo completo e integrado entre a promoção à saúde, a proteção e a recuperação (CARVALHO et al, p. 73).

Exsurge-se que a interpretação extensiva do texto constitucional e a positivação do direito fundamental à saúde, assim como a institucionalização do SUS, em que pese representar um marco importante na luta pela sua garantia, não assegura eficácia e efetividade em relação aos estrangeiros, uma vez que, na prática, o acesso é dificultoso, visto que o reconhecimento de seus

direitos é por essência discriminatório, pressupondo, para muitos, que a presença desta minoria em solo nacional causa um abalo do equilíbrio interno (RICHTER, p. 29, 2004). O senso comum é no sentido de que a entrada e permanência do estrangeiro no Brasil vai restringir os direitos garantidos aos nacionais.

O debate sobre a possibilidade de atendimento e/ou tratamento custeado pelo Sistema Único de Saúde brasileiro para os estrangeiros tem sido colocado em pauta nos últimos anos. Em vista desta realidade diversos pontos são enfrentados, destacando-se as dificuldades no controle de imigração de estrangeiros, ante a facilidade destes ingressar em território brasileiro com visto de turista e o custo não ressarcido que o tratamento de saúde aos estrangeiros acarreta ao Poder Público, em detrimento da população nacional. Há, também, ausência de informação e de conhecimentos dos direitos por parte dos estrangeiros e profissionais prestadores de serviços de saúde, o que contribui para, na prática, restringir o acesso à saúde desta minoria. Além disso, os obstáculos da comunicação são outros fatores determinantes.

Diante disso, como ficariam os estrangeiros que estão no território nacional? Não seria necessário mecanismos sociais para salvaguardar seus direitos? Eis aqui um espaço propício para ser trabalhado no âmbito da multiculturalidade ou da interculturalidade, já que ainda hoje há dificuldades para dar legitimidade às demandas que integrem estrangeiros e nacionais, respeitando suas diferenças. Em outros termos, há necessidade de mudanças culturais que possibilitem novos modos de viver e pensar se somando aos vários brasis!

Por consequência, a alteridade apresenta-se como fator decisivo nas relações de atendimento dos estrangeiros junto ao Sistema Único de Saúde, uma vez que os indivíduos envolvidos (paciente estrangeiro vs profissional da saúde brasileiro – maioria dos casos) possuem culturas que, em muitos casos, não se assemelham. Necessário, pois, deixar em segundo plano a perspectiva individualista para uma visão que aproxime brasileiros e estrangeiros, fomentando o diálogo, o entendimento e a solidariedade, formando um espaço de interação sobre o qual se deve orientar o atendimento, visando uma melhor qualidade de vida.

Além disso, estando o direito universal à saúde incorporado na esfera das relações internacionais, podem ser estabelecidos mecanismos de compatibilização dos interesses econômico-políticos entre países, com o país de origem do estrangeiro compensando o Estado acolhedor pelo atendimento prestado no sistema público, amainando a crítica de prejuízo aos nacionais.

O direito à saúde, umbilicalmente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, é imprescindível para o exercício dos demais direitos encartados, expressa ou implicitamente, no texto constitucional, já que, ao tempo em que é direito individual é, também, social e transindividual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transposição das fronteiras é uma realidade em ascensão. Constantemente estrangeiros desembarcam em território brasileiro, e, neste caminho, a saúde assume papel global, uma vez que, cedo ou tarde, essa minoria terá a necessidade de buscar atendimento e tratamento médico, razão pela qual a disponibilização e a prestação de serviços de saúde assentados no texto constitucional devem ser interpretados à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, se estendendo a todos.

A criação do Sistema Único de Saúde – SUS e sua universalidade em relação ao atendimento é um direito não apenas de todos os cidadãos brasileiros, mas também de pessoas de outras nacionalidades, residentes ou não no Brasil. É daí que advém a importância da universalização do atendimento e a repulsa de sua negativa. Para tanto, necessário mitigar a existência predisposta à naturalização da discriminação, encarada, muitas vezes, como normal em relação aos que são “diferentes”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

\_\_\_\_\_ (1990). **Lei 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: Ministério da Saúde.

\_\_\_\_\_ (1980). **Lei 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília: Senado Federal.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Déa *et al.* **O Sistema Único de Saúde, uma retrospectiva e principais desafios**. In: ALVES, Sandra Mara Campos (*org. et al.*). *Direito Sanitário em perspectiva*. Brasília: ESMPU: FIOCRUZ, 2013.

CASTRO, M. **Migrações internacionais e políticas: algumas experiências internacionais**. In: CNPD. *Migrações internacionais – contribuições para políticas*. Brasília: S. N.; 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: HUCITEC, 1995.



DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 5 ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

JUNIOR, Alberto do Amaral. **Noções de Direito e Direito Internacional**. 3 ed. ampliada e atualizada. Brasília: Funag, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RICHTER, Paula. **Direito dos estrangeiros: globalização e direitos humanos**. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VERONESE, Luciane G.; VERONESE, Osmar. **Hospitalização infantil em tempos multiculturais: na era global, o legal deve ser o humano**. In: *HOMMERDING, Adalberto Narciso; ANGELIN, Rosângela (Org.). DIÁLOGO E ENTENDIMENTO: Direito e Multiculturalismo & Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, v. 5, p. 103-123.

## **BENEFÍCIOS DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO**

*Martha Diel Casarin Dias<sup>1</sup>  
Orientador: Valdir Garcia Alfaro<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente resumo expandido tem como objetivo apresentar os benefícios do Processo Judicial Eletrônico – PJe, que terminou de ser implantado no Estado do Rio Grande do Sul em outubro do ano de 2015, inaugurando uma nova fase na Justiça.

Visto que, em acordo com a Lei nº 11.419/2006, a informatização do processo judicial foi criada para trazer privilégios à prestação jurisdicional, às partes e ao meio ambiente, incentivado através do Conselho Nacional de Justiça, o PJe é uma grande inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, para que se torne útil e eficaz, deve se moldar aos verdadeiros anseios da ordem jurídica e processual.

O novo sistema facilitará a agilidade processual, trará uma maior sustentabilidade frente a crise que estamos enfrentando com o meio ambiente e, mais importante, traz uma maior segurança, pois o risco de extravio do processo no PJe-JT é quase inexistente, garantias que não existem no meio físico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Judicial Eletrônico. Poder Judiciário. Informatização. Avanço tecnológico.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Considerando a crise enfrentada pela sociedade, mostrou-se necessário a implantação de novas tecnologias para uma maior celeridade processual, visando uma maior facilidade tanto aos juízes, procuradores, partes e peritos, tornando-se um sistema para todos, oferecendo conforto e tranquilidade nas suas diretrizes principais. Elevando o conceito do Poder Judiciário, o PJe aparece como forma de impulsionar a justiça a acompanhar esses avanços sociais e tecnológicos que globalização proporciona.

A transição do processo físico para o eletrônico é uma mudança de paradigmas, não se trata simplesmente de transpor o processo do papel para o meio eletrônico, a lógica dessa transição é bem diferente. A rede permite que seja acessado de forma muito mais rápida, porém a necessidade de

---

1 Graduanda em Direito pela Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo. E-mail: martha.dias@hotmail.com

2 Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo/RS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA). Professor titular da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), no Curso de Graduação em Direito e de Pós-graduação (Lato Sensu). Advogado.

capacitação de quem utiliza deve ser constante, pois necessita-se eliminar as barreiras técnicas que ainda existem para muitos advogados.

Respeitando mais amplamente o sigilo visto que o inteiro teor dos documentos somente estará disponível para servidores da justiça e advogados que tenham a chave de acesso proporcionando assim uma maior autenticidade, integridade e confidencialidade. Deste modo, propõe que o meio eletrônico pode exercer as mesmas funções do papel, e de maneira mais satisfatória, não havendo como rejeitar, portanto, a eficácia do documento eletrônico, tentando-se alcançar a maior genuinidade e segurança através de criptografia e certificação digital.

## **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada nessa pesquisa compreende um modo concreto e intuitivo; o método de procedimento empregado foi o monográfico e, no que se refere à técnica da pesquisa, foi utilizado pesquisa documental, pesquisa bibliográfica.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

O slogan da nova campanha do CNJ: “Melhor para você. Melhor para a justiça. Melhor para o Brasil.”, divulga o Processo Judicial Eletrônico – PJe, que objetiva mostrar a sociedade e à comunidade jurídica os benefícios e a segurança do uso da assinatura digital, começou a ser desenvolvido no ano de 2009, visando o usuário do serviço público, objetivando oferecer uma rede eletrônica globalizada, com informações digitais universalmente compartilhadas.

Com a ampla informatização processual as pessoas começaram a ter mais acesso a suas próprias informações cujas antes, se não fossem até as Varas Trabalhistas, não ficavam sabendo sobre, a não ser pelo advogado constituído, seguindo essa tendência de mundo globalizado que nos encontramos, com a promulgação das Resoluções Nº 185/13 e Nº 136/2014, agora qualquer cidadão pode acessar as informações e ficar a par do que está acontecendo, como fala Luiz Alberto de Vargas,

O usuário do serviço público, hoje, é um cidadão exigente que, acostumado com as imensas facilidades propiciadas pela rede eletrônica globalizada, espera que, também nas suas relações com o Judiciário, tenha acesso à informação completa, instantânea e de qualidade que a internet usualmente propicia, constituindo, hoje, o denominador comum para a criação de uma base de excelência na prestação do serviço público que deve nortear as ações que busquem o aperfeiçoamento de nossas instituições. (VARGAS, Luiz Alberto de. Pag 60, 2011)

Analisando apenas no Estado do Rio Grande do Sul, o qual possui Varas Trabalhistas em cidades mais “centrais” cujas atendem inúmeras cidades perto, sendo em torno de 15 cidades atendidas em cada “central”, o

PJe vem de maneira eficaz para economizar tempo e recursos em acordo com a sustentabilidade que deve ser oferecida ao nosso meio ambiente, diminuindo a redução de custos para as partes e seus procuradores, e tal redução não fica somente no monetário se traduz, também, na comodidade de acesso às partes ao processo, em qualquer lugar que se encontrem, podendo acessar durante às 24 horas do dia.

Pode-se citar a efetividade do princípio da celeridade processual, conferindo maior eficiência para cumprimentos de prazos, transparência e controle, pois aos advogados é permitido o peticionamento sem necessidade de carga processual, sem deixar a outra parte sem acesso ao processo até a devida devolução, o que irá diminuir o tempo de duração e tramitação processual, garantindo a eficácia ao princípio da duração razoável do processo como trata o artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal Brasileira “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Como trata Enio Garcia Lima,

“Assim, dentro dessa ótica, sendo direito fundamental, o acesso à justiça deve ser democratizado, não se podendo admitir que se constitua em privilégio de uns. Mas, para tanto, é indispensável que todos conheçam os seus direitos, e que tal conhecimento seja obrigação primária do Estado, pois num país em que o povo os desconheça e o Poder Público até mesmo se furte a transmiti-los, o direito se transformará em privilégios de elites. (LIMA, Enio Garcia, pag. 16, 1994.)

Se tratando de publicidade, o PJe traz uma maior segurança em termos de acesso pois nos processos físicos, qualquer indivíduo pode ter acesso na íntegra se solicitado o processo junto a Vara do Trabalho para olhar no local, desta forma Wesley Roberto de Paula destaca que “as novas tecnologias de comunicação e informação nos conduzem no fio da navalha entre os anseios democráticos por transparência e os imperativos de garantia da intangibilidade da privacidade” (PAULA, Wesley Roberto de, pag. 11, 2009), ou seja, tem uma divisão em relação à publicidade, ao passo que uns admitem que deve ser concebida na forma como consta na lei do processo eletrônico, que prevê acesso aos autos apenas às partes, seus procuradores e Ministério Público.

Visto que o processo judicial brasileiro está passando por transações assim como as pessoas que utilizam essa ferramenta, Capeletti diz que “o sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto para a redistribuição de vantagens. (CAPPELLETTI, Mauro. Pag. 68, 1978). Neste sentido, essa transação veio em prol do acesso à justiça, que necessita de um enfoque muito maior do que é estabelecido, sendo um dos maiores direitos previstos na Constituição Federal Brasileira e tão pouco levado em consideração, como observa Cappelletti,



“É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque de acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual.” (CAPPELLETTI, Mauro. Pag. 73, 1978)

No contexto mundial não podemos ficar à margem das possibilidades de desdenhar a utilização da informática, para que lancemos mãos dos recursos arcaicos e ineficientes que a Justiça ainda apresenta, como afere Luiz Adolfo Olsen da Veiga,

“Se queremos uma Justiça que atenda aos reclamos da cidadania com rapidez e eficiência, neste novo milênio, não poderemos prescindir dos sistemas inteligentes. E, para construirmos sistemas inteligentes, verdadeiramente adaptados à ciência jurídica e contribuindo para a efetivação do ideal de Justiça, necessitamos da participação direta do profissional do Direito, em conjunto, sem dúvida, com os profissionais da área de informática, já que a matéria é decididamente interdisciplinar. [...] Assim, o Processo Judicial Digital, também chamado de processo virtual é um sistema de informática que reproduz todo o procedimento judicial em meio eletrônico, substituindo o registro dos atos processos realizados no papel por armazenamento e manipulação dos autos em meio digital, promovendo celeridade a prestação jurisdicional” (VEIGA, Luiz Adolfo Olsen da. Pag. 08, 2001).

O PJe veio em forma de tentar solucionar os inúmeros problemas que o Poder Judiciário enfrenta, dessa forma, não há como negar os benefícios que ele irá proporcionar, e não só ao judiciário, mas a população em geral que necessita do acesso à justiça irá encontrar nele um aliado para manter-se mais ciente de seus direitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se que a informatização do processo trará uma tramitação mais célere, sendo que desde o cadastro do processo eletrônico, a prestação jurisdicional se tornará mais imediata, dentro dos moldes constitucionais, sem supressão de princípios, sendo todos atendidos de maneira eficaz, os quais serão observados conjuntamente, tendo as vantagens ambientais incluídas nesse rol de benefícios, que é uma das causas em maior evidência nos dias de hoje.

Assim, não há o que temer do Processo Judicial Eletrônico – PJe, visto que o mesmo foi implementado para acabar com as pilhas mortas de processos físicos que ficam arquivadas, e está, cada vez mais, mostrando os seus benefícios comparado aos físicos.

Diante do exposto, é notória a necessidade de avanços no Poder Judiciário Brasileiro, porém não apenas tecnológicos, mas, também, no pensamento daqueles que o utilizam de qualquer forma de justiça. Ainda é necessário que o PJe seja bastante desenvolvido e aperfeiçoado para que





chegue ao ideal dos criadores, mas a adaptação pelas partes, procuradores e juízes já é um grande avanço que deve ser levado em consideração.

## REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

FARIA, José Eduardo. Os novos desafios da justiça do trabalho / José Eduardo Faria. - São Paulo: Ltr, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas**, Curitiba, 2003.

FOLLE, Ana Júlia Ceconello. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=e3998932e2e851de>> Acesso em: 26 de setembro de 2016.

PAULA, Wesley Roberto de. *PUBLICIDADE NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO. Busca da indispensável relativização*. São Paulo: LTR, 2009

VEIGA, Luiz Adolfo Olsen da. Apud ROVER, Aires José. **Informática no Direito. Inteligência Artificial. Introdução aos sistemas especialistas legais**. Curitiba: Juruá, 2001, p.8.

LIMA, Enio Galarça. O acesso à justiça do trabalho e outros estudos / Enio Galarça Lima – São Paulo: Ltr, 1994.

NIENOW, Suelen. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/vantagens-b%C3%A1sicas-da-implanta%C3%A7%C3%A3o-do-processo-eletr%C3%B4nico>>. Acesso em: 26 de setembro de 2016.

PAPA, Tereza Fernanda Martuscello. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,vantagens-e-desvantagens-do-processo-eletronico,45876.html>>. Acesso em: 27 de setembro de 2016.

VARGAS, Luiz Alberto de, FRAGA, Ricardo Carvalho. Coordenadores. *Novos avanços do direito do trabalho*. – São Paulo: LTr, 2011.

## **CONFLITOS ESCOLARES UMA RELAÇÃO ENTRE PAIS E EDUCADORES<sup>1</sup>**

*Martha Diel Casarin Dias<sup>2</sup>*

*Bruno Cadore Carnelutti<sup>3</sup>*

*Orientadora: Janete Rosa Martins*

### **RESUMO**

Este resumo tem como principal objetivo o enfoque nos conflitos escolares, como são gerados e qual é o papel da mediação perante eles, afim de proporcionar uma resolução mais pacífica dos mesmos para que assim haja um diálogo maior entre os componentes de diferentes instituições sociais, porém com grandes ligações e dependência, como no caso da família e escola.

Bem como atestar os fatores causadores das divergências tanto em âmbito familiar, como no escolar. Onde a comunicação, ou a falta dela, é um dos grandes males da sociedade contemporânea. Não obstante, a falta do apoio familiar, levando jovens a buscar meios de compreensão, fazendo da escola seu ambiente para expressão e como orientadores e professores devem lidar com isso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação. Relação familiar. Conflitos escolares. Comunicação.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Considerando a instabilidade de comunicação que aflige os indivíduos participantes de instituições sociais, primordiais e pilares da nossa sociedade, com o advento capitalista, cujo é derivada a falta de interpessoalidade onde se mostra necessário apresentar novas formas de tratamento de conflitos, tendo em vista que o modelo dominante de resolução de conflitos mostra-se ineficaz frente a tamanha conflitualidade existente dentro das inúmeras escolas de nosso Estado e País. Discutir-se-á a mediação como um meio efetivo de garantir a comunicação e o entendimento entre aluno, pais e professores.

Muitos dos conflitos escolares não advêm somente de um sistema precário de educação e inclusão social, mas, também, de uma família que, muitas vezes, é conflituosa, não oferecendo assim suporte necessário no círculo familiar para a criança e/ou adolescente ter consciência que seus atos são ou não errados. Porém, alguns desses pais também sofreram o mesmo

---

1 Título pertence ao projeto de extensão: A Universidade vai a Comunidade: A voz dos bairros ;

2 Graduanda em Direito pela Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo. E-mail: martha.dias@hotmail.com ;

3 Graduando em Direito pela Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus Santo Ângelo. E-mail: carne\_lutti@hotmail.com;

4 Doutoranda em Ciências Sociais pela UNISINOS – São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora da graduação e da especialização, pesquisadora em mediação. E- mail: janete@urisan.tche.br.



que oferecem a seus filhos, uma educação falha, muitas vezes derivadas de conflitos familiares que passam de geração em geração.

O objetivo da intervenção da mediação nos conflitos escolares é a de realizar o ideal para uma integração e compreensão, fontes de um bom convívio entre todos. Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que, ao promover um ambiente educacional de qualidade, com meios efetivos de resolução de conflitos entre alunos e professores, alunos e familiares e familiares e alunos, é, também, uma promoção dos direitos humano e de uma sociedade pacífica.

## **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada nessa pesquisa compreende um modo concreto e intuitivo; o método de procedimento empregado foi o monográfico e, no que se refere à técnica da pesquisa, foi utilizada pesquisa documental, pesquisa bibliográfica, junto com observação direta intensiva.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Desde o seu nascimento, o ser humano está inserido em sociedade e tendo todo seu desenvolvimento moldado de acordo com as pessoas e grupos sociais com quem convive. As instituições sociais, inicialmente e de grande primazia a família, com seus padrões morais e sociais, são um dos pontos principais para tanto. Para Friedrich Engels, a família teve origem com a tentativa de construção social e organização dos bens, algo que se perdeu com o advento patriarcal e do capitalismo, passando por inúmeros estágios (do selvagem até a contemporânea) e, claro, a influência social também se modificou, porém, nunca perdendo sua importância. É nessa instituição que damos início ao processo de educação e formação social, não a limitando apenas para um agrupamento de indivíduos ligados biologicamente, pois é fundamentada na subjetividade do amor e relação entre seus componentes, com vínculos que garantem a sobrevivência, presente em diversas culturas. Para Francisco Javier Uribe Riveira,

“O conceito de racionalidade normativa expressaria, por isso, a tomada de consciência pelos atores individuais da existência de uma forma de agir que lhes é peculiar, que se constitui em função da fé "no valor incondicionado de um comportamento", por força dessa fé e independentemente das consequências que possam advir desse agir. O reconhecimento dessa forma de agir, dos valores subjacentes e, a partir deles, a derivação lógica de fins, representariam os fenômenos conscientes que delimitam o que é passível de ser considerado racional neste tipo de ação.” (RIVEIRA, Francisco Javier Uribe. Pag 19, 1995).

A família, por ser a base da formação social de um indivíduo, deve ser bem estruturada e harmonizada de tal forma que a relação entre seus componentes seja de respeito e mútuo crescimento\desenvolvimento. Quando pensamos nela como um grupo social, não podemos seguir na direção equivocada ao

fazer apologia aos modelos conservadores do passado, mas sim no presente e futuro com suas recorrentes mudanças, pois é um fenômeno social.

A relação familiar é complexa, pois cada um, por influências diversas, forma seus conceitos e convicções, tornando necessidades e diferenças individuais que, em sua maioria, dão anseio aos conflitos, pois isso não é visto de modo enriquecedor ou que trará mudanças oportunas, mas sim, algo destrutivo. Encontramos, não só nos familiares, mas em todos os tipos de relações, mágoas e rancores escondidos que acarretam nos conflitos submersos e sem ponto final e, por consequência, traz o distanciamento emocional e comunicativo.

Verbal ou não, a comunicação é de suma importância para todos nós. Não obstante, para o convívio familiar, torna-se um dos pilares para sua sustentação. A ausência dos pais é um dos fatores que causam a não comunicabilidade, pois a carga horária do trabalho é exaustiva e com o foco no sustento básico da casa. E, por consequência, as divergências e intrigas ficam acumuladas no interior de cada um, sem a oportunidade para esclarecimentos e findando em desentendimentos.

A terceirização de serviços é algo comum e utilizado por empresas que buscam o lucro e eficiência, para que assim possam focar em atividades mais importantes ao delegar funções para outras pessoas. Não obstante, a família moderna tem usado isso para com a criação dos filhos, com o acúmulo de carga horária de trabalho, afazeres domésticos, entre outros. Assim, surge a compartilhagem educacional com a escola. Para Durkheim a escola como um todo é ligada diretamente com a sociedade, pois foi o próprio ser humano que a fundou. Sendo ela uma instituição fundamental para a sua formação, compondo o processo social. Sendo assim, algo que se evidencia ainda mais, com o crescimento do protagonismo escolar na criação dos indivíduos.

Para o Salomon Stricker, lembranças são tudo aquilo que já estiveram presentes em nossa consciência pelo menos uma vez, sendo a força de nossas ações. O saber potencial é o depósito de todas as nossas experiências, sejam elas amorosas, felizes, tristes. Tudo o que somos está interligado com o que um dia vivenciamos, pois isso nos molda. Claro, permanecemos com nossa essência, mas ela cresce e se modifica a medida em que somamos experiências com o passar do tempo, isso afeta diretamente nossas ações em sociedade, estando ligado com o que trazemos de nossas famílias, porque refletimos, nos variados ambientes em que frequentamos, tudo aquilo que é aprendido com os anos iniciais passados basicamente com nossos pais, avós, tios. Está tudo ali, em nossa consciência, guardado e esperando que alguma ação o acione. O que está em nossa consciência pode ser dividido em dois grupos, segundo Salomon Stricker,

“[...] representações de palavras e as demais representações, ambas despertando o nosso saber [...]. Este depósito comparei-o com a força ou potência (trabalho) que existe nos corpos combustíveis, por exemplo, no carvão. Ao depósito de trabalho que se acha no carvão, chamam-no a física energia potencial. Meu saber potencial apresenta esse depósito às experiências, e dele se pode alimentar sempre a minha potência recordatriz.” (STRICKER, Solomon. Pag. 9, 2007)

A mediação existe desde que uma terceira pessoa intervenha num conflito visando resolvê-lo e, de acordo com Lia Sampaio, “a mediação é um processo pacífico de resolução de conflitos em que uma terceira pessoa, imparcial e independente, facilita o diálogo entre as partes para que melhor entendam o conflito” (SAMPAIO, Lia. 2007). Os conflitos, em sua maioria, se originam da falta de diálogo entre dois ou mais indivíduos, de uma postura primitiva de partir para agressões verbais, e até físicas, sem sequer verificar se poderia ser resolvido a outro modo. Muitas vezes, sendo o reflexo do que os alunos vivenciam em casa, com seus familiares. É nesse momento que entra a mediação escolar, com um papel muito importante, para tentar mediar e encontrar o real motivo desses conflitos existentes.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como objetivos do presente resumo expõe-se as mudanças que nossa sociedade vem sofrendo com o passar do tempo e evolução humana, como isso afeta o nosso comportamento por diversos meios, principalmente nas instituições em que convivemos, no caso, a escolar ou familiar.

Os conflitos atualmente encontrados nas escolas são resultado, muitas vezes, de um apoio familiar falho, onde, dentro das escolas, deve-se oferecer todo o apoio necessário para suprir a omissão que as crianças e adolescentes tem com o advento dos pais não serem presentes em sua educação, por motivos alheios.

A mediação não é impor a solução e sim fazer com que os alunos acreditem em suas capacidades de solucionar os próprios problemas, e uma boa solução é fazê-los notar as causas e também respeitar o outro em sua dignidade. A educação é a base de uma vida, e os professores e/ou mediadores tem uma capacidade incrível de auxiliar a essa vida de uma maneira positiva.

## **REFERÊNCIAS**

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; Braga neto, Adolfo. **O que é mediação de conflitos** (Coleção primeiros passos). São Paulo: Brasiliense, 2007

ENGELS, FRIEDRICH. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Editora Saraiva

RIVEIRA, Francisco Javier Uribe. **Agir comunicativo e planejamento social: uma crítica ao enfoque estratégico**. 1995

STRICKER, Salomon. **Fisiologia do Direito**. Sorocaba, SP: editora Minelli, 2007.

## **O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL E A DEFESA DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTI NO BRASIL<sup>1</sup>**

*Nilton Roberto Cunha<sup>2</sup>  
Ma. Luthianne Perin Ferreira Lunardi<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

A presente pesquisa tem, especificamente, por objetivos estudar a dominação masculina, analisar o direito a antidiscriminação, bem como verificar a defesa dos direitos das minorias LGBTI no Brasil. Em relação à metodologia utilizada para confecção deste trabalho, é relevante destacar os seguintes recursos: método de abordagem dedutivo, método de procedimento bibliográfico e técnica de pesquisa indireta. Diante disso, as conclusões extraídas, no presente nível de investigação científica, permitem apontar que as minorias LGBTI reivindicam legislações mais adequadas a sua realidade, com vistas a concretização do Estatuto da Diversidade Sexual.

**PALAVRAS-CHAVE:** dominação; movimentos LGBTI; Estatuto da Diversidade Sexual.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente resumo expandido é vinculado ao projeto de iniciação científica, aprovado e em fase inicial de execução, do Programa Institucional de Iniciação Científica da URI – *Campus* de Santo Ângelo/RS (PIIC/URI), que versa sobre “O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil como respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos de cidadania no Brasil”.

Para tanto, sabe-se que a situação contemporânea dos direitos das minorias LGBTI ainda é delicada ao passo que vários direitos lhes são tolhidos diariamente em razão da simples orientação sexual distinta da grande maioria da população mundial. Ocorre que os mais recentes direitos advêm de anos de ativismo político em busca de maior reconhecimento e, possivelmente, de legislações mais graciosas com as minorias sexuais.

---

<sup>1</sup> Trata-se de trabalho vinculado ao projeto, aprovado e em fase inicial de execução, do Programa Institucional de Iniciação Científica da URI – *Campus* de Santo Ângelo/RS (PIIC/URI), fomentado pelo PIIC - URI, objetivando produzir artigo científico, com o seguinte título “O reconhecimento da união homoafetiva no Brasil como respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos de cidadania”.

<sup>2</sup> Graduando do 9º semestre do curso de bacharelado em Direito. Filiação institucional: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI – *Campus* de Santo Ângelo/RS). Endereço eletrônico: nilcunha\_@hotmail.com.

<sup>3</sup> Professora da URI – Santo Ângelo, orientadora do Projeto de Pesquisa para Iniciação Científica; membro do Grupo de Pesquisas do CNPq na área de “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”; Mestre em Desenvolvimento na linha de pesquisa sobre Direito, cidadania e desenvolvimento; advogada; e Endereço eletrônico: luthianne@santoangelo.uri.br.

Por isso, plenamente justificável a investigação científica acerca dos direitos das lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais (LGBTI), posto que na era contemporânea está a se agregar direitos e não buscar retrocessos sociais.

A fim de buscar-se a defesa dos direitos dessas minorias, primeiramente discorreu-se sobre a dominação masculina. Em seguida, abordou-se acerca do direito a antidiscriminação e suas repercussões positivas às minorias sexuais. Ao final, averiguou-se, pois a elaboração e votação do Estatuto da Diversidade Sexual no Brasil.

## **METODOLOGIA**

Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico, como técnica de pesquisa utiliza-se a indireta, por meio das seguintes fontes: doutrinas, jurisprudência, legislação constitucional e infraconstitucional, artigos jurídicos e periódicos.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A sociedade brasileira tem avançado na solidificação de direitos às minorias LGBTI, especialmente, após o julgamento conjunto da ADPF nº 132-RJ e da ADI nº 4.277-DF pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011, havendo reconhecimento nacional das famílias homoafetivas, assim como, depois da Resolução nº 175, de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que permite o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Primeiramente, convém ressaltar que ainda vige a dominação da sexo masculino sobre os homossexuais e as mulheres. Essa construção social deriva da influência do patriarcado na sociedade, o que, por si só, mostra a impregnação dos argumentos que fundamentam à submissão em razão da diversidade sexual.

Com isso, pode-se observar que, em relação ao gênero, Dias preleciona ser “[...] uma construção social que atribui uma série de características para diferenciar homens de mulheres em razão de seu sexo biológico” (DIAS, 2014, p.42). Mais além, a mesma autora aventa que a orientação sexual seria definida como sendo “[...] o impulso sexual de cada indivíduo [...]. A orientação sexual tem como referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual” (DIAS, 2014, p.42).

Nesse contexto, até mesmo no direito internacional se logra êxito ao encontrar normatização dos direitos LBGTI<sup>4</sup>, como é o caso dos Princípios de Yogyakarta<sup>5</sup>, de 2007, que são normas *soft law* (MAZZUOLI, 2016, p.335-336).

---

<sup>4</sup> Sigla, não oficial, que é adotada por órgãos como Organização das Nações Unidas e Anistia Internacional para se referir às populações compreendidas como minorias sexuais, que são: lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais (NASCIMENTO, 2014, s.p.)

<sup>5</sup> Compilação de princípios de direito internacional, efetuada entre os dias 6 e 9 de novembro

Ainda, a Organização das Nações Unidas (ONU) publicou Recomendações Internacionais aos Estado membros, também sem vinculação obrigatória (ONU, 2009, s.p.). Entretanto, o mesmo não pode ser o observado no Brasil, pois ainda não existem legislações específicas sobre os direitos dos homossexuais e afins, sendo utilizadas legislações análogas graças à jurisprudência, o que acaba impedindo a realização plena de tais direitos.

Nesse ponto, é importante verificar que ainda pende muita discriminação sobre essas minorias e quando se tenta modificar a realidade existente para favorecê-las, encontra-se muita resistência. Isso muito se deve à sociedade essencialmente machista brasileira. Adentrando-se no ponto de vista da Teoria Materialista de Economia de Bens Simbólicos de Pierre Bourdieu, é possível constatar que a dominação masculina, sobre as mulheres e as minorias LGBTI, se exercer por duas formas, quais sejam, a física e a simbólica. A física diz respeito à coação física, por meio da violência. Já a simbólica, tem a ver com a coação psicológica, dando-se pela submissão (THIRY-CHERQUES, 2006, s.p.).

Para o referido pensador a dominação das minorias LGBTI se dá “através de atos coletivos de categorização que dão a margem a diferenças significativas, negativamente marcadas, e com isso a grupos ou categorias sociais estigmatizadas.[,,] A opressão como forma de “invisibilização” traduz uma recusa à existência legítima, pública, isto é, conhecida e reconhecida sobretudo pelo direito e, e por uma estigmatização que só aparece de forma realmente declarada quando o movimento reivindica a visibilidade. Alega-se, então, explicitamente, a “discrição” ou a dissimulação que ele é ordinariamente obrigado a se impor” (BOURDIEU, 2002, p. 143-144).

Enfrentada brevemente a estrutura social da dominação masculina, pode-se, então, falar que a discriminação não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, ao contrário, é rechaçada, conforme argumentos abaixo expedidos.

No que toca à igualdade, vê-se a previsão expressa no art. 5º, *caput*, da Carta Magna de 1988, afirmando que todos são iguais perante a lei, sem qualquer discriminação. A partir do conceito de igualdade, é possível dividi-la em formal e material. Sendo que aquela busca a estrita previsão legal e esta uma equidade substancial (LENZA, 2015, p.1647).

Seguindo a mesma linha de raciocínio: “[...] o conjunto de conteúdos e institutos jurídicos relativos à prática e à teoria do princípio da igualdade, entendido como proibição de discriminação e como mandamento de promoção e de respeito da diversidade, recebe o nome de direito da antidiscriminação” (RIOS, 2011, p. 33). Isso porque, “Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos” (PIOVESAN, 2006, p. 23).

---

de 2006, na cidade de Yogyakarta, em Indonésia. Dispõe sobre “a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero” (MAZZUOLI, 2016, p.335-336).



Com efeito, o direito a antidiscriminação, desmembramento do princípio da igualdade material, respalda a busca do cumprimento de direitos e deveres das mais diversas áreas. Ressalte-se, também, quanto à relativa novidade do instituto jurídico retromencionado ao passo que ainda não pacificado, embora o STF esteja firmando entendimento por essa linha.

Nessa esteira, é importante mencionar o Estatuto da Diversidade Sexual. Tal documento é uma das reivindicações das minorias sexuais, buscando uma reunião de direitos para a categoria. Conforme Dias:

Em 22 de março de 2011 foi aprovada a criação da Comissão Especial da Diversidade Sexual, a quem foi delegada a difícil tarefa de consolidar um conjunto de normas e regras que servisse para aperfeiçoar o sistema legal, de modo a acolher parcela significativa da população que, injustificavelmente, se encontra alijada dos mais elementares direitos de cidadania. (DIAS, 2016, s/p.)

No entanto, como o anteprojeto ainda pendia de análise legislativa, o pedido para votação foi alavancado por iniciativa popular, que se reuniu para buscar assinaturas a fim de assegurar que o mesmo fosse analisado. Nas palavras de Dias:

[...] as Comissões da Diversidade Sexual do país desencadearam o movimento para angariar adesões para que o Estatuto fosse levado à Câmara Federal referendado pela assinatura de cerca de um milhão e meio de cidadãos.

A campanha foi lançada, em âmbito nacional, no dia 17 de maio de 2012 Dia Mundial de Combate à Homofobia. Simultaneamente as Comissões realizaram eventos de coleta de assinaturas, iniciativa que se repetiu em todas nas comemorações alusivas ao Dia do Orgulho Gay realizadas Brasil a fora.

Certamente é a forma de driblar a postura omissiva dos legisladores que, por medo de comprometer sua reeleição ou serem rotulados de homossexuais, até hoje se negaram a aprovar de qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homofobia ou garantir direitos às uniões homoafetivas. Ao menos não poderão alegar que a iniciativa desatende ao desejo do povo (DIAS, 2016, s/p)

Para que o projeto de lei do Estatuto vá para votação no Congresso Nacional por iniciativa popular é necessário um número de 1,5 milhão de assinaturas, o que ainda não foi obtido. A assinatura ainda pode ser feita pelo site: <http://www.estatutodiversidadesexual.com.br> (ESTATUTO, 2016, s/p). Assim, somente com a mobilização popular será possível buscar-se a efetivação desses direitos ou aguardar pela vontade dos políticos brasileiros, para que estes tomem tal iniciativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, os direitos da população LGBTI encontram-se subjugados por conta da discriminação e pela forte dominação masculina ainda

existente na sociedade brasileira. Embora algumas importantes decisões jurisprudenciais tenham favorecido essa população específica, ainda não existem legislações de proteção ao grupo citado. Diante dessa realidade, foi realizado um anteprojeto de lei buscando a criação de um Estatuto da Diversidade Sexual prevendo a proteção dos direitos das minorias sexuais. No entanto, tal projeto ainda pende de votação.

Para tanto, uma parcela da população buscando levar tal projeto à votação, reuniu-se para fazer com que o mesmo fosse votado pela iniciativa popular. Ocorre que, ainda não se conseguiu o número de assinaturas necessárias, o que faz com que o projeto fique estagnado. O quadro atual é de descaso com essa população que tem seus direitos renegados por puro preconceito, ficando à mercê da vontade política para ter seus direitos legislados e continuando na dependência de decisões jurisprudenciais.

## REFERÊNCIAS

Anteprojeto do Estatuto da diversidade sexual. **Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT**. Disponível em <[http://www.abglt.org.br/docs/ESTATUTO\\_DIVERSIDADE\\_SEXUAL.pdf](http://www.abglt.org.br/docs/ESTATUTO_DIVERSIDADE_SEXUAL.pdf)> Acesso em 18 de setembro de 2016.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Traduzido por Maria Helena Kühner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Tradução de: La domination masculine.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa de 05 de outubro de 1988. Presidência da República. Brasília. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 18 de setembro de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Diversidade Sexual—uma lei por iniciativa popular**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_610\)estatuto\\_da\\_diversidade\\_sexual\\_uma\\_lei\\_por\\_iniciativa\\_popular.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_610)estatuto_da_diversidade_sexual_uma_lei_por_iniciativa_popular.pdf). Acesso em 27 set. 2016.

ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL. **OAB/CG entrega abaixo-assinado em prol do Estatuto da Diversidade Sexual**. Disponível em: <http://www.estatutodiversidadesexual.com.br/>. Acesso em: 27 set. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.



Nascidos livres e iguais: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. **Organização das Nações Unidas (ONU). Recomendações internacionais.** Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). Disponível em <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/03/Nascidos-Livres-e-Iguais-Baixa-Resolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 29 de agosto de 2016.

NASCIMENTO, Fernanda; FOGLIARO; Débora. LGBT, LGBTI, LGBTQ ou o quê?. **GEMIS:** gênero, mídia e sexualidade. Agosto de 2014. Disponível em <<http://ggemis.blogspot.com.br/2014/08/lgbt-lgbti-lgbtq-ou-o-que.html>> Acesso em 21 de setembro de 2016.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. **Revista de Administração Pública.** Rio de Janeiro. Jan./fev. de 2006. vol. 40 nº 1 Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122006000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122006000100003&script=sci_arttext)> Acesso em 24 de setembro de 2016.

RIOS, Roger Raupp. Do princípio da igualdade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. **Revista da Faculdade de Direito Uniriter.** 2011. nº 12 Disponível em <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/view/1249/788>> Acesso em 25 de setembro de 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea. **Caderno do currículo permanente da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.** 2006. Disponível em <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf)> Acesso em 25 de setembro de 2016

## **DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A SUA EFETIVAÇÃO<sup>1</sup>**

*Paula Vanessa Fernandes<sup>2</sup>  
Maíara Frantieska Fernandes<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

Ao decorrer da história da humanidade, as pessoas com deficiência sofreram um longo processo de segregação e de discriminação. Dessa forma, percorreram um caminho tortuoso e acidentado para serem reconhecidos perante o meio social como sujeitos de direitos. Deve-se destacar que o estado brasileiro tem, nos últimos anos, se esforçado na promoção e proteção dos direitos das pessoas com deficiência, através da criação de leis que buscam viabilizar a inclusão social, cultural e acadêmica, respeitando as suas especificidades, no entanto, ainda se percebe uma carência profunda na implementação de políticas públicas que tornem esses direitos viáveis no plano material. Assim juntamente, com as leis e com os direitos já garantidos pelo ordenamento constitucional, a administração pública necessita desenvolver ações, programas e políticas públicas que permitam o exercício de seus direitos. O método de abordagem é o dedutivo, o método de procedimento envolve uma abordagem sócio-analítica e a técnica da pesquisa abrange documentação direta e indireta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Deficiência; Direitos fundamentais; Efetividade.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a instituição de um novo paradigma, marcando o início de uma nova fase de reconhecimento de direitos e garantias a todos os cidadãos. A nova carta constituinte, com vistas a alcançar as expectativas da sociedade contemporânea, foi a primeira constituição brasileira a trazer, de maneira ampla e abrangente, um extenso rol de direitos e garantias a respeito da proteção das pessoas com deficiência, tendo por base a função de possibilitar uma vida digna e com melhores condições de inclusão social. No entanto, esses direitos foram textualizados

---

1 Pesquisa desenvolvida para o artigo final da disciplina Estado, Constituição e Diferença, tendo como professor Osmar Veronese, para o curso de Mestrado em Direito da URI campus Santo Ângelo-RS.

2 Graduada em Direito pelo Instituto Educacional Santo Ângelo (IESA). Pós-Graduada em Direito Processual Civil e temas relevantes de Direito Civil das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). Mestranda em Direito da URI campus Santo Ângelo- RS. Advogada. E-mail: paulah.adv@gmail.com.

3 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). E-mail: maiaffernandes@hotmail.com



com caráter programático, implicando em uma atividade positiva por parte do Estado em promover diretrizes para a sua concretização no plano material.

A intenção do constituinte brasileiro em reconhecer direitos que não se fundamentam tão somente em reabilitação e assistencialismo, mas que permite também a participação ativa desse segmento da população na vida social, acadêmica, cultural e econômica do país, foi louvável e representou um grande avanço. É preciso, porém, para que tais direitos não se tornem meramente simbólicos que o Poder Legislativo, o Poder Executivo e a sociedade avancem na mesma direção e se comprometam a enfrentar os desafios que ainda precisam ser superados.

Dessa forma, como bem salienta Bobbio, “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.” (BOBBIO, 2004, p. 23). Assim, em virtude das omissões do poder legislativo e do poder executivo na concretização desses direitos fundamentais, as pessoas com deficiência se depararam com mais um obstáculo, após um longo e acidentado caminho para ver esses direitos assegurados, esbarraram na capacidade limitada da efetividade normativo-jurídica dessas previsões constitucionais.

Dentro dessa perspectiva o presente artigo, estuda as dificuldades de se efetivar o exercício pleno e equitativo de tais direitos, permitindo assim uma real inclusão e a superação da discriminação e da segregação social. A problematização decorre do fato de que mesmo após quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal, muitas das suas previsões ainda são recepcionadas pelos deficientes como meras expectativas de um dia quem sabe serem alcançadas, ou seja, ainda não receberam uma adequada atenção por parte dos poderes públicos, necessitando de medidas mais efetivas e eficazes, como por exemplo, a elaboração de políticas públicas.

## **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada nesta pesquisa abrange o modo de análise prioritariamente dedutivo; o método de procedimento envolverá uma abordagem sócio-analítica e, no que se refere à técnica da pesquisa, foi utilizada documentação direta e indireta.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A deficiência sempre esteve presente na história da humanidade. Pela retrospectiva histórica verifica-se que o tratamento dispensando a esse grupo por um longo período era de exclusão, preconceito e discriminação. Foram culturalmente estigmatizados como incapazes, disseminando a ideia de que todos aqueles que estivessem fora do que se considerava “padrão de normalidade” estaria excluído do convívio social.

De acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística do ano 2000, existe em torno de 25 milhões de pessoas com algum

tipo de deficiência no Brasil, as quais necessitam de uma efetiva intervenção do Estado na criação de políticas públicas. Já segundo dados de Organismos internacionais esse número fica em torno de 600 milhões de pessoas no mundo. Esse expressivo número ainda hoje, após significativas inovações, sofre o estigma da exclusão e violações aos seus direitos. Ressalta-se que por mais que a deficiência esteja intrinsecamente ligada ao desenvolvimento da história, os debates envolvendo a sua proteção e a inclusão tanto em âmbito internacional como nacional são recentes. Os textos constitucionais nunca haviam dado o devido tratamento para a proteção da dignidade das pessoas com deficiência.

Ao analisar a história constitucional, percebe-se que somente em 1978 com a emenda constitucional número 12 houve a previsão de um considerado rol de direitos e garantias específicas às pessoas com deficiência. Não há dúvidas que a edição dessa emenda representou uma grande conquista na defesa dos direitos desse grupo no Estado Brasileiro, no entanto, pelo advento do regime ditatorial não foi possível alcançar a efetividade que se esperava dessa norma (PIOVESAN, 2014, p. 466). O marco de transição aconteceu sob a égide da Constituição Federal de 1988, instituindo um novo paradigma, onde se tornou possível falar em reconhecimento de direitos e garantias a todos os cidadãos, modelo que superou a turbulenta fase ditatorial.

A nova carta constituinte trouxe um importante avanço ao editar normas acerca dos direitos das pessoas com deficiências. Na história constitucional brasileira foi a primeira Constituição a revelar de maneira ampla e abrangente dispositivos específicos para proteção deste grupo, tendo por fundamento, possibilitar a concretização dos seus direitos fundamentais, da sua dignidade, do direito de igualdade e liberdade. No entanto, esta nova fase de direitos fundamentais encontraria óbice de ordem financeira, cultural, política e jurídica. Em outras palavras tais direitos foram textualizados com caráter programático, implicando em uma atividade positiva por parte do Estado em promover diretrizes para a concretização desses direitos, com

a democratização das relações sociais significou, por outro lado, a abertura de canais que permitiram o crescimento das demandas por parte da sociedade civil. Este fato será, posteriormente, um dos obstáculos críticos ao próprio desenvolvimento do Estado do Bem-Estar Social se pensarmos que, com o aumento da atividade estatal, crescia, também, a sua burocracia, como instrumento de concretização dos serviços e, como sabido, democracia e burocracia andam em caminhos com sentidos opostos (STRECK, MORAIS, 2014, p. 153).

O constituinte brasileiro se propôs a perseguir os direitos que foram incorporados na CF/88 atinentes à proteção e inclusão das pessoas com deficiência, no entanto por apresentar um caráter econômico, exige-se por parte do Estado uma disponibilidade de recursos para a sua concretização. Encontra-se aí um dos problemas sobre eficácia e a efetividade de tais direitos no plano fático: “a dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação” (SARLET, 2012, p. 295).

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecuibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar a ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições (BOBBIO, 2004, p. 23).

Verificou-se então a discrepância entre o contexto social e o texto constitucional, onde restou normativamente demonstrada a intenção de realizar os mandamentos constitucionais fundamentais, no entanto, o Estado não tomou nenhuma providência no sentido de criar mecanismos para que essas normas sejam auto-executáveis. Estes fatos convergiram para a ascensão do Poder Judiciário. O sistema jurisdicional passou a ser provocado para solucionar as demandas atinentes a garantir a dignidade, “verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância final” (BARROSO, 2009, p. 383).

Dessa forma esse grupo na expectativa de concretização dos seus direitos fundamentais de proteção e de inclusão, esbarrou na capacidade limitada da efetividade normativo-jurídica dessas previsões constitucionais. Em virtude das omissões do poder legislativo e do poder executivo na implementação de políticas públicas, buscou socorro no Poder Judiciário, onde este passou a ser o principal ator na busca pela implementação das políticas públicas para consolidação dos direitos das pessoas com deficiência, como protetor dos direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Por isso a inexorabilidade desse ‘sensível deslocamento’ antes especificado. Com todos os cuidados que isso implica (STRECK, 2007, p. 54-55).

Ocorre que mesmo tendo legitimidade para intervir no campo de matérias reservadas aos órgãos políticos, esse controle jurisdicional requer cautela e limites, devendo ser observado alguns parâmetros no momento de decidir, a fim de que não haja consequências nefastas para o Estado e a sociedade de um modo geral. Nesse passo, dada à complexidade do tema, são necessários seguir algumas diretrizes que visam estabelecer limites para a atividade jurisdicional em relação à implementação de políticas públicas, quais sejam: teoria funcional de separação dos poderes, em respeito ao princípio da



segurança jurídica, o princípio do mínimo existencial, a utilização da hermenêutica e dos princípios na interpretação do texto constitucional, analisar a razoabilidade da pretensão e a existência de disponibilidade financeira do Estado.

Sendo assim, sob o ponto de vista sistêmico e em busca de um justo equilíbrio, especialmente considerando o grau de indeterminação de algumas normas constitucionais, se torna indispensável uma maior interação entre os três poderes, devendo haver um diálogo institucional no momento da interpretação e aplicação do texto constitucional, independente a quem caiba a função de dar a última palavra, deve haver uma intercomunicação para que se chegue a uma adequada decisão na promoção de políticas públicas que realmente sejam efetivas na concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência mental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova carta constituinte, com vistas a se adequar a uma sociedade contemporânea, trouxe em seu rol, sete artigos constitucionais referentes à proteção das pessoas com deficiência, com o objetivo de minimizar as diferenças que até então colocava essas pessoas a viver sob o manto da invisibilidade. Nos artigos 7º, 23, 24, 37, 203, 227 e 244, há o reconhecimento desses direitos fundamentais, tendo por base a função de garantir a proteção da dignidade, a igualdade e a cidadania, criando possibilidades materiais para a realização da inclusão social das pessoas com deficiência.

No entanto, esses direitos foram textualizados com caráter programático, implicando em uma atividade positiva por parte do Estado em promover diretrizes para a concretização desses direitos. A Constituição de um país interage como instância reflexiva de um sistema jurídico vigente e eficaz. No presente caso os direitos das pessoas com deficiência que foram incorporados pela Constituição Federal de 1988, são normas ditas programáticas, que devem observar a existência da estrutura social e política para que passe a ter vigência. Ao longo da pesquisa ficou demonstrado que embora o constituinte brasileiro tenha garantido formalmente a previsão desses direitos, os mesmos ainda carecem de função jurídico- instrumental.

Nesse sentido o modelo de sociedade empiricamente idealizada pela Carta Magna “livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, Artigo 3º, incisos I a IV), demanda uma atitude mais positiva e consciente por parte dos detentores do poder na implementação de políticas públicas que garantam a proteção e a inclusão das pessoas com deficiência e que minimizem cada vez mais as diferenças ainda existentes, pois sem o acesso a uma sociedade mais justa, igual e democrática, se torna impossível falar em dignidade e cidadania.



## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

## **O DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL ÀS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE DAS CRIANÇAS<sup>1</sup>**

*Pitter Gabriel da Natividade Heinzmann<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar, de maneira preliminar, as licenças maternidade e paternidade com a perspectiva do direito subjetivo a estas da criança e seu tratamento, com relação aos prazos de forma igualitária. A metodologia utilizada foi a hipotética-dedutiva, tendo sido utilizados como guia de interpretação a Constituição Federal (CF) de 1988, o Código Civil (CC), o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), bem como Leis e Decretos. Sendo assim, constata-se que, o tratamento constitucional dado as licenças por nascimento dos(as) filhos(as) está direcionado aos pais e não a criança recém-nascida, com isso viola-se o seu direito de personalidade, bem como o princípio constitucional positivado da dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS CHAVES:** Licenças maternidade e paternidade; Constituição Federal de 1988; Código Civil; Direito de personalidade; Dignidade da pessoa humana.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Neste presente trabalho busca-se realizar uma reflexão sobre o direito das crianças as licenças maternidade e a paternidade, sem distinção nos prazos para ambas. Assim, o estudo abordará as consequências psicológicas que afetam estas pessoas referidas no artigo 2º ECA e por consequência os seus efeitos.

### **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada foi a hipotética-dedutiva, tendo sido utilizados como guia de interpretação a CF de 1988, o ECA, o CC, Leis e Decretos, bem como estudos e pesquisas da área da psicologia feitas em crianças.

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Antes de entrarmos no assunto em questão, é preciso estabelecer o campo que será trabalhado neste trabalho, ou seja, o termo criança será interpretado conforme o *caput* do artigo 2º do ECA que estabelece “ Art. 2º

---

<sup>1</sup> Pesquisa realizada junto ao Graduando do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS e que se encontra em processo inicial.

<sup>2</sup> Graduando do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. E-mail: pittergabriel@gmail.com

Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990). A CF estabelece no Capítulo II – que trata dos Direitos Sociais – em seu artigo 7º, inciso XVIII o prazo de 120 (cento e vinte) dias de licença para a gestante e no inciso XIX a licença paternidade com o prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]  
XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;  
XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei (BRASIL, 1988).

Entretanto, o prazo da licença paternidade fora ampliado através do Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016 para 20 (vinte) dias à servidores públicos federais.

Art. 1º Fica instituído o Programa de Prorrogação da Licença Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.  
Art. 2º A prorrogação da licença-paternidade será concedida ao servidor público que requeira o benefício no prazo de dois dias úteis após o nascimento ou a adoção e terá duração de quinze dias, além dos cinco dias concedidos pelo art. 208 da Lei nº 8.112, de 1990.

Também foi concedida a licença ampliada aos funcionários que trabalham em empresas abrangidas pelo Programa Empresa Cidadã.

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito) [...]  
II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL, 2008)

Pode-se ver que as leis federais garantem a licença maternidade e paternidade aos pais dos recém-nascidos. Entretanto estes direito não são dos pais da criança e sim dessa pessoa que recém chegou ao mundo. O CC garante os direitos de personalidade ao recém-nascido, desde que nasça com vida “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Cabe ressaltar que o direito de personalidade é irrenunciável e intransmissível, também, suas características pertencem ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Coelho citando Sarlet demonstra que este princípio engloba tanto questões físicas da pessoa humana como, também, aspectos psicológicos de sua vida.

Para SARLET, a dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. Para esse autor, a dignidade não está apenas onde é reconhecida pelo Direito, constituindo-se dado prévio a ele, sendo que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana. Lembra, ainda, que se trata de princípio constitucional de maior hierarquia axiológica e que engloba necessariamente o respeito e proteção da integridade física e psíquica que assume particular relevância em tempos de globalização, privatização, e incremento dos níveis de exclusão (SARLET *apud* COELHO, p. 92-93) (grifo do autor).

A CF garante em seu primeiro artigo trata do direito à dignidade da pessoa humana “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988). Nessa mesma ótica, o *caput* do Artigo 4º do ECA estabelece o direito a dignidade da criança.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990)(grifo do autor).

Como visto acima, o direito de personalidade que estão abarcados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, engloba, também, os aspectos psíquicos dos seres humanos. Dessa forma, a psicologia explica a necessidade do convívio paterno durante a infância, suas repercussões no desenvolvimento cognitivo das crianças e o resultado disso na interação social.

É reconhecido como importante o papel do pai no desenvolvimento da criança e a interação entre pai e filho é um dos fatores decisivos para o desenvolvimento cognitivo e social, facilitando a capacidade de aprendizagem e a integração da criança na comunidade. A experiência clínica tem mostrado que, na vida adulta, as representações dessa vivência insurgem nas várias possibilidades de construção psicoafetiva, com repercussão nas relações sociais. (BENCZIK, 2011, s.p.)

[...]

Para Aberatuty (1991), o lugar do pai, entre seis e doze meses, não é tão destacado na literatura, como acontece com a figura materna, no entanto, o contato corporal entre o bebê e o pai, no cotidiano, é referência na organização psíquica da criança, devido à sua função estruturante para o desenvolvimento do ego. No segundo ano de vida, já existe a imagem de pai e de mãe, e a figura paterna fica mais acentuada e tem a função de apoiar o desenvolvimento social da

criança, auxiliando-a nas dificuldades peculiares a este período e no desprendimento necessário da criança aos costumes da situação familiar, mantidos pela mãe<sup>9</sup>. (ABERATURY *apud* BENCZIK, 2011, s.p.)

A Figura paterna permite um contato com o mundo exterior, ou seja, rompe o vínculo entre mãe, recém-nascido e alimentação, para um contato com outros aspectos relevantes da vivência humana como descobrir o mundo externo. Tal iniciativa afeta diretamente a psique humana, uma vez que as crianças que tiveram esse tipo de contato com o pai durante os primeiros anos de vida tornaram-se adultos mais seguros de si.

Corneau, fundamentado pelas ideias de Lacan, reafirma que o pai é o primeiro outro que a criança encontra fora do ventre de sua mãe, sendo ele indistinto para o recém-nascido, mas ao bloquear o desejo incestuoso, sua figura vai se diferenciando, permitindo o nascimento da interioridade do filho e desfaz, assim, a fusão entre o eu e o não eu, o pai encarna inicialmente a não mãe e dá forma a tudo que não seja ela. A presença do pai é que poderá facilitar à criança a passagem do mundo da família para o da sociedade. Será permitido o acesso à agressividade, à afirmação de si, à capacidade de se defender e de explorar o ambiente. Este mesmo autor acredita que as crianças que sentem o pai próximo e presente sentem-se mais seguras em seus estudos, na escolha de uma profissão ou na tomada de iniciativas pessoais (CORNEAU *apud* BENCZIK, 2011, s.p.).

[...]

Bowlby também reforça a importância dos pais fornecerem uma base segura a partir da qual uma criança ou um adolescente pode explorar o mundo exterior e a ele retornar certos, de que serão bem-vindos, nutridos física e emocionalmente, confortados se houver um sofrimento e encorajados se estiverem ameaçados. A consequência dessa relação de apego é a construção, por volta da metade do terceiro ano de idade, de um sentimento de confiança e segurança da criança em relação a si mesma e, principalmente, em relação àqueles que a rodeiam, sejam estes suas figuras parentais ou outros integrantes de seu círculo de relações sociais (BOWLBY *apud* BENCZIK, 2011, s.p.).

Nos casos práticos os autores puderam observar o comportamento entre crianças que tiveram a presença do pai<sup>3</sup> de forma ativa comparadas aos de criança cujo pai estava ausente ou mesmo que o casal não tivesse se separado, mas o laço afetivo era ausente pelo modo como a figura paterna tratava o(a) filho(a).

---

<sup>3</sup> “Montgomery observou que crianças com ausência do pai biológico têm duas vezes mais probabilidade de repetir o ano escolar, e que as crianças que apresentam comportamento violento nas escolas têm 11 vezes mais chance de não conviver na companhia do pai biológico do que crianças que não têm comportamento violento. Essas crianças, principalmente meninos, evidenciam maiores dificuldades nas provas finais e uma média mais baixa de leitura” (MONTGOMERY *apud* BENCZIK, 2011, s.p.).

Shinn revisou os efeitos da ausência paterna no desenvolvimento cognitivo das crianças e concluiu que, em famílias sem a presença do pai ou nas quais os pais apresentavam pouca interação com seus filhos, havia maior associação com desempenhos pobres em testes cognitivos das crianças (SHINN *apud* BENCZIK, 2011, s.p.).

Essa falta de contato afetivo da criança com o pai, segundo estudiosos<sup>4</sup>, afeta futuramente o indivíduo na sua identificação sexual, e, também, em aspectos relativos à convivência em sociedade como obedecer aos limites da vida adulta.

Portanto, tem-se pretendido que a convivência afetiva com o pai seja estabelecida da forma mais imediata, pois além de ajudar no desenvolvimento cognitivo e social da criança, auxilia na criação e no interesse paterno com o seu(sua) filho(a) "Para Gai, atualmente, tenta-se que a intervenção do pai seja cada vez mais precoce, inclusive desde o momento do nascimento, onde a sua presença parece aumentar o interesse e o envolvimento posterior com a criança" (GAI *apud* BENCZIK, 2011, s.p.).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A falta da convivência paterna na vida das crianças nos primeiros anos de vida trazem consequências negativas sérias em sua psique. A constituição Federal garante a gestante o direito a licença-maternidade dando um tratamento de direito subjetivo a mãe do recém-nascido, igualmente é a maneira do tratamento da licença-paternidade como se fosse direito subjetivo do pai a este prazo. Ocorre que este pensamento está equivocado, uma vez que o direito constitucional garantido a licença seja ela maternidade ou paternidade é da criança, uma vez que trata-se de direito de personalidade e que não sendo obedecido afetam diretamente a sua dignidade que é princípio constitucional.

Portanto, o direito a estas licenças é da criança e não de seus pais. Isto posto, o prazo dessas licenças devem ter tratamentos iguais, haja vista não haver diferença na participação da criação psicoativa do indivíduo, com isso, não há de se falar em tratamentos diferentes com relação aos prazos entre as licenças.

## REFERÊNCIAS

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. **A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil**. Rev. psicopedag. vol.28. no. 85. São Paulo. 2011. Disponível em:

---

<sup>4</sup>"Segundo Muza, crianças que não convivem com o pai acabam tendo problemas de identificação sexual, dificuldades de reconhecer limites e de aprender regras de convivência social. Isso mostraria a dificuldade de internalização de um pai simbólico, capaz de representar a instância moral do indivíduo. Tal falta pode se manifestar de diversas maneiras, entre elas uma maior propensão para o envolvimento com a delinquência" (MUZA *apud* BENCZIK, 2011, s.p.).



<[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-84862011000100007](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862011000100007)>. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016.** Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8737.htm)>. Acesso em: 27 set. 2016

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm)>. Acesso em: 27 set. 2016.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Testes psicológicos e o direito uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.** Psicol. Soc., Porto Alegre, v. 16, n. 2, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n2/a11v16n2.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

## **DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CRIMES PATRIMONIAIS INSCRITOS NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO: PUNIBILIDADE SELETIVA**

*Renato Kusiak<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

Este trabalho versa sobre os crimes contra a ordem tributária e os crimes patrimoniais de furto, roubo e apropriação indébita, inscritos no Código Penal Brasileiro. Foi realizado com o objetivo de verificar algumas aproximações e distanciamentos entre estes tipos penais quanto à extinção da punibilidade penal e a possibilidade de tratamento privilegiado da norma penal aos crimes tributários em detrimento dos crimes patrimoniais.

**Palavras-chave:** Crimes contra a ordem tributária; Crimes patrimoniais; Privilégio penal.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O problema a ser tratado no presente trabalho diz respeito ao tratamento penal dispensado aos crimes contra a ordem tributária e aos crimes contra o patrimônio, do Código Penal Brasileiro, especificamente aos de furto, roubo e apropriação indébita, pois, ao que parece, não existe um tratamento isonômico em relação à extinção da punibilidade quando ofendido o bem jurídico tutelado pelas normas penais pertinentes aos tipos elencados, principalmente se for levado em consideração o tamanho do dano e seus efeitos nocivos à sociedade. Questiona-se se os crimes contra a ordem tributária possuem tratamento privilegiado pela norma penal frente aos tipos penais de furto, roubo e apropriação indébita, visto que pode existir a possibilidade do Estado utilizar a punibilidade dos crimes tributários como mero instrumento arrecadatório, com a finalidade de compelir o contribuinte a pagar o tributo devido mediante a temeridade de punição penal, já que, ao que tudo indica, um crime tributário de milhões de reais pode ter a punibilidade extinta pelo pagamento do tributo devido, quando o simples furto de um objeto sem valor econômico pode levar o autor à prisão.

### **METODOLOGIA**

Partindo-se do problema que se apresentou, o presente trabalho investigou a legislação pertinente aos crimes contra a ordem tributária no Brasil e dos

---

<sup>1</sup> Técnico Tributário da Receita Estadual do Estado do Rio Grande do Sul, Contador, Advogado, Pós Graduado em Organização e Gestão Empresarial pela Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e Missões (URI), campus de Santo Ângelo (RS), Professor de Matemática Financeira, Professor de Contabilidade, Advogado Associado na Empresa TSP Assessoria Jurídica de Santo Ângelo (RS), Mestrando em Direito na Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e Missões (URI), campus de Santo Ângelo (RS).



tipos penais de furto, roubo e apropriação indébita, do Código Penal Brasileiro, traçando algumas aproximações e distanciamentos da norma penal em relação aos mesmos. O método de abordagem foi o dialético, pois foi contraposto o tratamento penal dispensado aos crimes contra a ordem tributária e aos crimes patrimoniais de furto, roubo e apropriação indébita, para se chegar a uma síntese de como os referidos tipos penais são tratados pela norma penal quanto a extinção da punibilidade. O procedimento metodológico adotado foi o da pesquisa bibliográfica. O modo de raciocínio predominante foi o dedutivo, pois esse método se caracteriza pela lógica de partir de uma conclusão geral ou de um princípio geral e deduzir desta verdade geral verdades particulares. Para tal finalidade, o trabalho foi dividido em três capítulos. No 1º Capítulo se tratou do Sistema Tributário Nacional e sua constituição orgânica. No 2º capítulo foi tratado da Obrigação Tributária como sendo o vínculo que faz nascer para o contribuinte à obrigação de pagar tributos. Por fim, no 3º capítulo foi investigado especificamente o tratamento penal dispensado aos tipos penais tributários e patrimoniais quanto à extinção da punibilidade e a possibilidade de tratamento penal seletivo favorecido aos crimes contra a ordem tributária em detrimento dos crimes patrimoniais.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

A partir do que foi pesquisado, pode-se verificar que no Brasil existe um sistema tributário constitucional, que prevê a estrutura orgânica do sistema tributário, estabelecendo as espécies tributárias possíveis de instituição, a competência de cada ente federativo em matéria tributária, além de princípios que representam limitações ao poder de tributar do Estado. Esse sistema estrutural não comporta flexibilização, sendo considerado doutrinariamente um sistema tributário rígido. Foi possível esmiuçar o Sistema Tributário Nacional, colocando em evidência os conceitos substanciais a respeito da formação das obrigações tributárias.

Quanto à infração tributária, Hugo de Brito Machado (2006, p. 500) diz que “existe uma distinção entre infração tributária da infração penal tributária, sendo aquela o descumprimento de uma obrigação tributária e esta na condição de crime”, cujas sanções são, respectivamente, multa fiscal e pena criminal. Verificou-se não existir corrente universal na definição dos bens jurídicos tutelados, em que pese subsistam a corrente imediata da arrecadação fiscal e mediata dos demais interesses, o que reflete drasticamente na cognição dos demais pontos pertinentes. Além do mais, também se pode comprovar não existir posição única em relação à penalização criminal dos ilícitos fiscais. No entanto, Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 114) afirma:

O ordenamento jurídico, como forma de tornar possível a coexistência do homem em comunidade, garante, efetivamente, o cumprimento das suas ordens, ainda que, para tanto, seja necessária a adoção de medidas punitivas que afetem a propriedade ou a própria liberdade das pessoas. Daí por que, ao criar uma prestação jurídica, concomitantemente o legislador

enlaça uma providência sancionatória ao não cumprimento do referido dever.

Referente às causas extintivas da punibilidade, as mesmas estão dispostas genericamente no Código Penal Brasileiro, especialmente as relativas a desistência voluntária do agente, ao arrependimento eficaz e ao arrependimento posterior, cotizadas com a reparação do dano (pagamento do tributo), cuja previsão está distribuída em diversas Leis esparsas e polemiza a atuação estatal. As infrações penais tributárias se subdividem em materiais e formais ou de mera conduta, segundo pode ser interpretada, razão pela qual nas primeiras se extingue a punibilidade pelo pagamento do tributo e nas últimas, sem supressão ou redução do tributo, se extingue a punibilidade pela reparação do dano propriamente dita. A suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento do tributo se apresenta como outra forma descabida de estagnar a punibilidade, tendo em vista que conserva o sonegador com os proventos do crime enquanto efetua o pagamento de parcelas brandas do crédito fiscal. Além disso, o Supremo Tribunal Federal sumulou - Súmula Vinculante nº 24 - que a tipificação das infrações penais tributárias materiais só pode ocorrer após o lançamento definitivo do tributo. E, construindo um histórico legislativo acerca da extinção da punibilidade e suspensão da pretensão punitiva, é possível afirmar que todo infrator penal tributário pode ser beneficiado, mesmo que depois do recebimento da denúncia, privilegiando essas condutas em detrimento dos crimes contra o patrimônio do Código Penal.

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, e seus acréscimos legais, resultante de conduta tipificada como crime contra a ordem tributária, extingue além da pena o próprio tipo penal, em clara desigualdade e desproporcionalidade de tratamento frente aos demais tipos analisados. Para os crimes patrimoniais (furto, roubo e apropriação indébita) o arrependimento posterior do agente influencia tão somente no tamanho da pena, mas não extingue o fato típico, ou seja, o agente continua sendo um criminoso.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Concluiu-se que os bens jurídicos tutelados pela norma penal tributária não podem ser resumidos tão somente no interesse da arrecadação tributária, tendo em conta estar-se privilegiando o sonegador fiscal pelo esquecimento dos demais interesses inculpidos tacitamente nos tipos penais. Dessa maneira, não é só somente a falta de recolhimento do tributo que prejudica a todo o conjunto social, mas, acima de tudo, as modalidades fraudulentas que encerram as espécies. Portanto, a punição deveria ser invocada pelas condutas fraudulentas que resultam na supressão ou redução do crédito fiscal, e não pela utilização da norma penal como mero instrumento arrecadatário, como se tem verificado na prática do dia a dia. Se no momento é impossível de se modificar a política criminal legislativa frente as práticas delituosas tributárias, não se pode aceitar que existam dois tipos de Direito Penal: um mínimo e outro máximo. O mínimo sendo aplicado aos criminosos de colarinho branco, e o



máximo ao criminoso comum. Aceitando-se isso, está-se admitindo o uso do princípio da isonomia para igualar os criminosos comuns aos infratores penais tributários, quando o oposto deveria ser o adequado, ou seja, não resguardar criminosos do colarinho branco da intervenção penal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao)>. Acesso em: 27 de setembro de 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

## **A RESSIGNIFICAÇÃO DA DIFERENÇA CULTURAL DOS MBYÁ-GUARANI DA ALDEIA TEKÓÁ PYAÚ DE SANTO ÂNGELO/RS DIANTE DA SOCIEDADE DE CONSUMO<sup>1</sup>**

*Roberta Herter da Silva<sup>2</sup>  
Norberto Kuhn Junior<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

O presente estudo refere-se a um projeto preliminar de tese de doutoramento que tem como tema a ressignificação da identidade cultural indígena Mbyá-Guarani e como objeto os indígenas Mbyá-Guarani, da aldeia Tekoá Pyaú, de Santo Ângelo, a sua diferença cultural e relação desta com a sociedade de consumo. Para tanto, utilizou-se inicialmente da metodologia de pesquisa exploratório-bibliográfica, por recorrer ao uso de livros, revistas, artigos, além de pesquisas em bibliotecas virtuais, também utilizou-se de pesquisa de campo e da observação participante, ainda em estágio bem inicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Diferença; Cultura Mbyá-Guarani; Consumo; Ressignificação.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Esse estudo propõe-se a analisar o modo Mbya-Guarani, da Aldeia Tekoa Pyau de Santo Ângelo/RS, de vivenciar a sua diferença cultural estando em contato constante com a sociedade de consumo e desse modo, desvendar os dilemas e desarranjos para ressignificação dessa diferença. O objeto de estudo são os aproximadamente 27 indígenas Mbya-Guarani, da Aldeia Tekoa Pyau instalados, desde dezembro de 2015, numa área de 15 hectares na Barca dos Gabriel, Buriti, distrito do município de Santo Ângelo, situado na região das Missões, no noroeste do estado do Rio Grande do Sul, Brasil.

Parte desse grupo habitava a aldeia Tekoá Koenju em São Miguel das Missões/RS (aproximadamente 60 Km de distância de Santo Ângelo) e devido a conflitos internos com a liderança dessa aldeia rumaram para outras aldeias

---

<sup>1</sup> Projeto de pesquisa de tese do Programa de Pós-graduação em Diversidade Cultural e Inclusão Social da Universidade Feevale (Novo Hamburgo/RS).

<sup>2</sup> Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Diversidade Cultural e Inclusão Social pela Universidade FEEVALE. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bolsista e pesquisadora da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Pesquisadora da linha de pesquisa: Inclusão Social e Políticas Públicas e do Grupo de Pesquisa: Metropolização e Desenvolvimento Regional. Advogada. Contato: roberta.h.s\_@hotmail.com

<sup>3</sup> Orientador da pesquisa. Doutor em Ciências da Comunicação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2008). Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996). Professor da Universidade Feevale, atuando, desde 1999, em diversos cursos de Graduação, nas disciplinas de Sociologia, Pensamento Contemporâneo e Metodologia Científica; desde 2010 é professor-pesquisador do Mestrado Profissional de Inclusão Social e Acessibilidade, ministrando as disciplinas de Políticas Públicas e Cidadania e Seminário de Pesquisa e Desenvolvimento. Contato: nkjunior@feevale.br

na Argentina e Paraguai, onde se juntaram com mais alguns indígenas para formar uma nova aldeia, a Tekoá Pyaú em Santo Ângelo. Nesta cidade, viveram “acampados” desde setembro de 2013, na Barra do São João, num local cedido pela prefeitura municipal, local onde funcionava a antiga Associação Santoangelense de Proteção aos Animais (ASPA), local que ficava há aproximadamente 4 km do centro da cidade.

O retorno dos indígenas Mbyá-Guarani para Santo Ângelo, local que não possuía aldeia guarani após a guerra guaraníca, formando a Tekoà Pyaú representa uma conquista histórica para esse povo. Infelizmente, já em contato com o mundo “branco”, na atualidade não possuem mais os vastos campos de onde tirar sua alimentação e sobrevivência e lutam para viverem com dignidade. Vivem em contato constante com a sociedade de consumo e apreendem alguns de seus elementos. Como esse povo ressignifica sua diferença cultural na contemporaneidade será o objeto deste estudo.

## **METODOLOGIA**

A partir da necessidade da elaboração da pesquisa, bem como das próprias características que permeiam o presente trabalho, tornou-se necessário utilizar a metodologia de pesquisa bibliográfica, por recorrer ao uso de livros, revistas, artigos, além de pesquisas em bibliotecas virtuais, da inserção em campo e da observação participante.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Além de dificuldades com saúde, moradia e alimentação, esses Mbyá-Guarani enfrentam enormes conflitos na sua interação social com a sociedade envolvente, o que Roberto Cardoso de Oliveira (1962) denomina de fricção interétnica. Segundo Cardoso de Oliveira é possível chamar de fricção interétnica,

“o contato entre grupos tribais e segmentos da sociedade brasileira, caracterizados por seus aspectos competitivos e, no mais das vezes, conflituais, assumindo esse contato muitas vezes proporções “totais”, i.e., envolvendo toda a conduta tribal e não-tribal que passa a ser moldada pela situação de fricção interétnica. Entretanto, essa “situação” pode apresentar as mais variadas configurações [...]. Desse modo, de conformidade com a natureza socioeconômica das frentes de expansão da sociedade brasileira, as situações de fricção apresentarão aspectos específicos” (1962, p. 86).

Segundo esse autor, o Brasil é um exemplo de país de colonização européia com “povos indígenas sob cujos territórios uma nova nação se expandiu” (Cardoso de Oliveira 1988, p. 154). E por esse motivo os indígenas, inclusive os Mbyá Guarani, encontram-se inseridos em situações de contato interétnico em relações sociais desmedidamente desiguais com segmentos da sociedade nacional, ou seja, “situações de fricção engendradas pelo contato interétnico” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1962).

Para Cardoso de Oliveira, os sistemas interétnicos mostram-se “contaminados pela história da sociedade majoritária”, de maneira que, ao fim, as sociedades indígenas cedem lugar “às novas sociedades constituídas pela história do colonizador” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1980, p. 262). Segundo o autor (1980, p. 71), o diálogo entre interlocutores inseridos em horizontes culturais distintos sempre deixa um resíduo de incompreensão dificilmente resgatável, mas considera conveniente, bem como indispensável, “um acordo entre os agentes étnicos em contato”. E enxerga nesta a possibilidade de uma “comunidade intercultural” a ser constituída por antropólogos, técnicos, administradores e líderes indígenas, com o objetivo de elaborar um modelo alternativo de desenvolvimento, mediante um processo de “negociação” e de “fusão de horizontes” entre as partes.

É possível observar que os Mbyá-Guarani vivenciam a conexão entre dois sistemas socioculturais de magnitudes muito diversas. Se apropriam de elementos da sociedade envolvente como o uso do dinheiro, a produção do lixo, o consumo de tecnologias como telefone celular, computador, televisão, fone de ouvido, a escuta de diversos estilos musicais como o sertanejo universitário, o funk, o pagode, o consumo de alimentos industrializados, a utilização de meios de transporte como carro e bicicleta, de redes sociais como facebook e o whatsapp, a frequentar escola não indígena, uso da língua portuguesa, utilização de adornos como boné, cinto, maquiagem, roupas e calçados, o que refletem que esta cultura está “de frente” para a sociedade de consumo, para a sociedade nacional.

Além de vivenciarem elementos da cultura de consumo, mantém o modo tradicional de vida Mbyá-Guarani que é composto pela cosmologia guarani, a mitologia e o profetismo, pelo relacionamento harmônico com a fauna e a flora, pela alimentação indígena principalmente com o consumo do milho, da mandioca, da batata-doce, pela produção e comercialização de artesanato como colares, pulseiras, estátua de animais feitos com a madeira corticeira, pela realização de uma economia de subsistência, da qual a agricultura é a principal atividade, mas apreciam também a caça e a pesca, pela lógica da solidariedade, já que tudo o que é pescado, caçado e produzido é dividido entre todos os membros pelo uso da língua guaraní, pelo cultivo de danças e da musicalidade tradicional por meio do ensaio diário do coral “Tapê Porã”.

Segundo Cardoso de Oliveira (1978, p. 14) o sistema nativo restaria teórica e empiricamente submetido às “determinações provocadas pela sociedade mais poderosa, nacional”. Torna-se imprescindível, dessa forma, investigar os termos em que se dá essa subordinação, a lógica de dominação que lhe é inerente. Para Slater (2002) o consumo é um processo cultural, e a cultura do consumo é um acordo social entre a cultura viva e os recursos sociais que são mediados pelo mercado. A sociedade do consumo é aquela que cujas práticas sociais e valores culturais são definidas e orientadas com relação ao consumo.

No contexto desse estudo, hipoteticamente, uma das determinações a que os Mbyá-Guarani, da aldeia Tekoá Pyaú estão submetidos são as

provocadas pela sociedade de consumo. Esse estudo objetiva analisar as novas formas de construção da identidade Mbyá-guarani, ou seja, como se dá a ressignificação cultural mediada pela sociedade de consumo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente projeto, devido a fase em que se encontra a pesquisa, não possui propósitos conclusivos. O que se tem até o momento são os problemas de pesquisa, quais seja: Como os Mbya-Guarani da Aldeia Tekoa Pyau, nas suas experiências cotidianas de vida ressignificam a sua diferença cultural diante da cultura de consumo onde estão inseridos? Como estas ressignificações tencionam sua cosmologia e implicam sobre a constituição dos seus modos de ser diante da sua inserção na sociedade de consumo?

O estudo tem como hipótese que os indígenas da etnia Mbya-Guarani buscam a afirmação da sua cultura, como cultura contra-hegemônica, mas estão imersos na cultura ocidental hegemônica, e apreendem elementos da sociedade de consumo, como a utilização do celular, do computador, da internet, alimentação, entre outros e assim ressignificam sua diferença cultural.

## **REFERÊNCIAS**

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **A crise do indigenismo**. Campinas: Ed. Da Unicamp, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estudo de áreas de fricção interétnica do Brasil** (Projeto de Pesquisa). América Latina, v. 5, n. 3, p. 85-90, 1962.

\_\_\_\_\_. **Identidade e estrutura social**. *Anuário Antropológico*/78, p. 243-263, 1980.

SLATER, Don. **Cultura do consumo & Modernidade**. São Paulo: Nobel, 2002.

## **DIÁLOGO DAS FONTES: NOVAS PERSPECTIVAS A PARTIR DA PROBLEMÁTICA DAS FONTES DO DIREITO<sup>1</sup>**

*Rodrigo Vidoto Lucero<sup>2</sup>*

*Anatiely Perez Menchik<sup>3</sup>*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida*

### **RESUMO**

O presente estudo busca, através de uma análise hipotético-dedutiva, discorrer sobre a problemática do diálogo das fontes e qual a contribuição da teoria para a resolução de conflitos no plano do direito privado brasileiro. A pesquisa busca apresentar uma maneira de como a teoria contribui para a efetivação plena da justiça, uma vez que o número de leis positivadas é desmesurado, o que muitas vezes dificulta a realização do Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fontes do direito; Diálogo das fontes; Ordenamento Jurídico; Unidade do Ordenamento Jurídico.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A teoria do diálogo das fontes, proposta por Erik Jayme, tem se mostrado cada vez mais presente no campo do Direito brasileiro. O tema é relevante para a construção intelectual de um futuro aplicador do direito pois busca interligar as diferentes codificações existentes no ordenamento jurídico pátrio. O problema encontra-se na quantidade exacerbada de leis vigentes atualmente com a mesmo campo de aplicação, o que pode vir a confundir os operadores do Direito. O trabalho pode ser entendido em três partes: contextualização da teoria, justificativa e exemplificação de como os fundamentos da teoria agem no sistema.

### **METODOLOGIA**

O método de abordagem utilizado para o desenvolvimento do presente resumo é o método hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que a teoria do diálogo das fontes auxilia na menor interpretação e aplicação do direito e da justiça. O procedimento utilizado foi o bibliográfico através de pesquisa indireta na doutrina nacional e legislação pertinente.

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir da Disciplina de Introdução ao Direito II, ministrada pela Prof. Orientadora.

<sup>2</sup> Graduando do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS. rodrigo\_nabr17@hotmail.com

<sup>3</sup> Graduanda do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS. anatiely@live.com



## ANÁLISE E DISCUSSÃO

Muitos autores escrevem sobre a problemática das fontes do direito, aquilo que se entende por ser o modelo de formação das normas e de onde o direito provem. Há controvérsia entre os autores no campo da doutrina sobre o que e quantas são exatamente as tais fontes, mas para fins didáticos, adota-se que as fontes são: a lei, os costumes, a jurisprudência, a doutrina, a analogia, a equidade e os princípios gerais do direito.

A lei, no sistema jurídico romano-germânico (*Civil Law*) vigente no Brasil, é tida como a fonte primordial do direito, tendo ela maior valor hierárquico sobre as outras. Os costumes, a doutrina e a jurisprudência, para o mesmo sistema jurídico, são tidos como fontes secundárias. Além disso, o número de normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro atualmente é descomunal, o que pode vir até a desorientar o aplicador do Direito, dificultando a plena realização da justiça (GUSMÃO, 2014, p. 119-122).

Anteriormente e ela predominou o costume (75). E entre nós e em países que optam pela codificação, como por exemplo, a França, a Itália, a Alemanha, Portugal, a Espanha, etc., e toda América Latina, não há outra acima dela. É a principal fonte do direito estatal, com validade, eficácia, e aplicabilidade no território do Estado (*princípio da territorialidade do direito*) (GUSMÃO, 2014, p.119).

Sabe-se que o princípio motor do Direito é a justiça. No entanto, partindo do pressuposto de que o Direito é um produto da vida em sociedade, a qual, por sua vez, é um conjunto complexo de pessoas e de suas inter-relações. Comprova-se que ele é construído por um indefinido número de pessoas, indivíduos os quais possuem características intrinsecamente distintas, bem como pelo juízo de valor e a individualidade de interpretação. Levando isso em conta, observa-se que a efetivação da justiça é imperfeita, pois o que pode ser justo para uma parte, pode vir a ser injusto para outra. Logo, observa-se que é papel do Direito buscar a concretização da justiça através de todos os meios legais disponíveis, ou seja, através de diferentes normas, jurisprudências, súmulas, e de diferentes outros corpos que compõem a legislação e as decisões jurídicas.

A teoria do diálogo das fontes se encaixa perfeitamente nessa problemática, pois ela busca interpretar o Direito como unidade, como um todo, procurando resolver antinomias. Procura preencher lacunas da norma e conciliando as diversas normas existentes, superando o paradigma da exclusão das normas encontradas nas diferentes fontes positivadas, fomentando a coexistência delas sempre a fim de dar assistência à parte que se encontra em estado de desvantagem (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 31).

A tese do diálogo das fontes foi idealizada pelo jurista alemão Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg e foi trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A tese, na sua essência, defende que as normas jurídicas não se excluem, mas se



complementam, ainda que pertencentes a ramos jurídicos distintos (TARTUCE; NEVES, 2014, p.31).

Tartuce e Neves explicam que uma das principais justificativas para a incidência da teoria é a da sua funcionalidade, pois vivemos um momento de grande surgimento de leis. A complexidade do mundo pós-moderno e globalizado é refletida pelo número hercúleo de leis que só faz crescer. Essa complexidade pode até acabar por obstaculizar o trabalho do operador do Direito, que se encontra imerso em um denso mar de normas (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 31).

Assim, mostra-se necessária a coordenação de leis que existem no mesmo ordenamento jurídico e o diálogo das fontes apresenta-se como perfeita resposta a essa problemática. Cláudia Lima Marques afirma que

A bela expressão de Erik Jayme, hoje consagrada no Brasil, alerta-nos de que os tempos pós-modernos não mais permitem esse tipo de clareza ou monossolução. A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à descodificação, atópica e à micro recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (MARQUES, 2014, p. 131).

No Brasil, observa-se que a teoria tem sido aplicada no ramo do Direito Consumerista, mais especificamente nas matérias de responsabilidade civil e Direito Contratual. A comunicação entre o Código de Defesa do Consumidor e o (CC/02) mostra a aplicabilidade da teoria no Direito brasileiro.

Na vigência do Código Civil anterior, predominava a ideia de que a Lei Consumerista estabelecia um microssistema jurídico isolado dos demais, sendo assim, havendo uma relação de consumo, seria aplicado somente o CDC, e não o Código Civil de 1916, e quando ocorresse o inverso, seria aplicado somente o Código Civil e não o CDC. Com a teoria em questão, essa realidade passou a ser relida. Por exemplo, no que tange a um negócio jurídico de compra e venda de um bem de consumo, realizada pela internet, hoje já se prevê a aplicação tanto das regras previstas para a formação do contrato presentes no Código Civil (art. 426 a 435) quanto as previstas para a oferta da Lei Consumerista (art. 30 a 38) (BRASIL, 1990; BRASIL, 2002).

Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o CDC de 1990, e uma lei posterior, como o CC de 2002, estariam em “conflito”: daí a necessária “solução” do “conflito” através da prevalência de uma lei sobre a outra e a consequente exclusão da outra do sistema (ab-rogação, derrogação, revogação) (MARQUES, 2014, p. 130).

Tartuce ainda ressalta que é de suma importância que o diálogo das fontes não possa deixar o consumidor em desvantagem em relação à situação

em que somente o CDC fosse aplicado de modo isolado; e que não se pode esquecer dos critérios comuns utilizados para resolver antinomias e conflitos de normas: hierarquia, especialidade e cronologia, até porque esses critérios tornam-se úteis quando se busca a aplicação concomitante de normas.

Os critérios ainda têm aplicação no presente, mas a tendência para o futuro é de que eles sejam substituídos pelo diálogo das fontes. O autor refere ainda que não se pode esquecer da aplicação dos princípios constitucionais, principalmente aqueles que protegem à dignidade da pessoa humana, estabelecendo também um diálogo com a Constituição Federal (TARTUCE, 2016, p.104).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, nota-se que o diálogo das fontes tem se feito cada vez mais presente no âmbito jurídico brasileiro, no qual percebe-se a necessidade de uma aplicação coerente de leis coexistentes, dando luz a um sistema jurídico eficiente e justo.

É a denominada “coerência derivada ou restaurada”, que em um momento posterior à descodificação, à tópica e a à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência” (MARQUES, 2014, p. 129).

Fica claro que a teoria do diálogo das fontes serve como resposta perfeita para a problemática de número descomunal de leis vigentes que podem vir a se excluírem e se descaracterizarem do ordenamento jurídico, dificultando a plena realização da justiça. Ademais, o presente trabalho contribuiu em demasia para o crescimento intelectual de um futuro aplicador do direito, complementando e acrescentando conhecimentos anteriormente passados a ele em sala de aula.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Presidência. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm#art117](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm#art117)>. Acesso em 28 de setembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Presidência. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 28 de setembro de 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: RT, 2014.



TARTUCE, Flávio. **Direito civil v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

## **AS CORRENTES RELATIVISTA E UNIVERSALISTA E O DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS**

*Rodrigo Vieira Lamana<sup>1</sup>*

*Paula Belmonte Rodrigues dos Santos<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho busca trazer uma pesquisa sobre a aplicação dos direitos humanos pelos Estados, trazendo a distinção entre os direitos do homem e os direitos fundamentais, uma breve análise sobre as correntes universalista e relativista, além do caso do desrespeito aos direitos humanos em alguns Estados, nesse caso, analisar-se-á especificamente o caso da Coreia do Norte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos. Direitos fundamentais. Universalismo. Relativismo.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Hoje em dia há grande discussão acerca dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, sobre a aplicação e a eficácia destes. Nessa discussão destacam-se duas grandes correntes: a corrente relativista e a corrente universalista.

Esse debate gira em torno da questão da aplicação dos direitos da humanidade nos Estados soberanos, tendo em vista o rol de direitos já estabelecidos na constituição de casa país.

Através dessa discussão, busca-se esclarecer algumas questões relativas à aplicação dos direitos humanos na sociedade atual, tendo-se a Coreia do Norte como exemplo, como são tratados os direitos fundamentais neste país e como a sociedade mundial tenta intervir nessa questão.

### **METODOLOGIA**

Para a formação do presente texto, foi feita uma pesquisa em artigos publicados na internet, revistas de artigos científicos, doutrina e vídeos online, visando uma melhor argumentação a respeito do assunto tratados.

### **DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Apesar de todos os estudos acerca dos direitos humanos, ainda é difícil criar um conceito exato e sem falhas que explique e classifique-os. Entende

---

<sup>1</sup> Graduando do 5º semestre de Direito na Univ. Regional Int. do Alto Uruguai e das Missões Campus de Santo Ângelo;

<sup>2</sup> Graduanda do 5º semestre de Direito na Univ. Regional Int. do Alto Uruguai e das Missões Campus de Santo Ângelo.

João Batista Herkenhoff que os direitos humanos são “aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente” (HERKENHOFF, 1994, p. 30).

Segundo a ONU, “Os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

Os direitos fundamentais possuem basicamente o mesmo conceito e finalidade dos direitos do homem, porém são tratados no âmbito interno de um Estado. Pode-se dizer que os direitos fundamentais são os direitos humanos escolhidos pelo ordenador para integrarem a constituição de um País.

Samuel Sales Fonteles fala que os direitos fundamentais são “os direitos relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado, salvaguardando o indivíduo ou a coletividade” (FONTELES, 2014, p. 15)

Como existe uma gama diferenciada de ordenamentos jurídicos, muitas vezes os direitos fundamentais de um país vão de encontro com os de outro, ou até mesmo contra os direitos humanos. Em razão disso, ocorre uma discussão acerca de qual rol de direitos deveria ser superior, o rol dos direitos da humanidade ou o rol dos direitos fundamentais de cada Estado. Nesse debate, distinguem-se duas correntes majoritárias: a corrente relativista e a corrente universalista.

## **UNIVERSALISMO E RELATIVISMO**

A corrente universalista defende que deveria existir uma só noção de dignidade aplicável a todos os Estados de forma unânime. Seguindo o pensamento dos universalistas, deveria existir uma proteção da dignidade da pessoa humana em nível planetário.

Assim, o que fosse considerado básico em um país, deveria ser considerado básico nos demais, seguindo os princípios dos direitos humanos, só assim seria possível alcançar-se uma igualdade de direitos.

Segundo Norberto Bobbio, “é possível interpretar a fundamentação dos direitos humanos através de uma cultura universal, onde uma moral crítica faz parte do Direito, e os próprios direitos humanos passam a se constituírem como deveres recíprocos de toda a humanidade. Sendo algo irrenunciável, e que transcende o próprio indivíduo, os próprios indivíduos tornam-se sujeitos naturais da efetivação dos direitos humanos, sem afastar a figura do Estado e a obrigação deste de protegê-los” (BOBBIO, 1992, p. 20).

A corrente relativista, por sua vez, alega que a aplicação uniforme dos mesmos direitos para todos os países esbarraria nas questões culturais de cada Estado, tendo em vista que cada um tem sua própria noção do que é necessário para uma vida digna.

Flávia Piovesan fala que “Para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Sob esse prisma, cada cultura possui seu

próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Nesse sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeitem as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral. A título de exemplo, bastaria citar as diferenças de padrões morais e culturais entre o islamismo e o hinduísmo e o mundo ocidental, no que tange ao movimento dos direitos humanos. Como ilustração, caberia mencionar a adoção da prática da clitorectomia e da mutilação feminina por muitas sociedades da cultura não ocidental” (PIOVESAN, 2012, p. 215-216).

Diante disso, seria necessário analisar caso a caso, aplicando direitos que estariam de acordo com a cultura de cada povo e que deveriam ser respeitados pelos demais. O estabelecimento de um único parâmetro para todos desrespeitaria a liberdade e a cultura de cada país.

Apesar das duas correntes terem bons argumentos para suas teses, é preciso ter em conta o objetivo final de ambas: estabelecer direitos que prezem pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo isso em vista, é preciso falar-se do desrespeito a esse princípio por parte de alguns Estados. No presente texto, falar-se-á especificamente do caso da Coreia do Norte.

## **O DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS NA CORÉIA DO NORTE**

As guerras e os conflitos são uns dos maiores motivos de violação aos direitos humanos, mas destaca-se a seguir que além de guerras e conflitos está o preconceito, o autoritarismo, a perseguição religiosa como uma fonte inesgotável de violação aos direitos humanos, neste caso discutir-se-á sobre o caso da Coreia do Norte.

A Coreia do Norte denomina os cristãos como antirrevolucionários e imperialistas, e por isso o governo tem matado, estuprado, torturado, aprisionado em campos de concentração o cristão, a “ CSW, ONG inglesa que luta pela liberdade publicou este mês o relatório “Total Negação: Violações de Liberdade de Religião ou Crença na Coreia do Norte, que mostra como não existe liberdade de religião ou crença no país liderado pelo ditador Kim Jong-Un”, como informa a notícia do site gospel prime publicada em 26/09/2016.

O que impressiona é que esses crimes ficam maquiados como se fosse a cultura do país, e por isso deveria ser respeitada, mas em nome dessa cultura devastadora, de uma forma brutal milhares de pessoas morrem todos os anos, e se não bastasse atualmente 50 mil cristãos, estão presos em campos de concentração, e 100 mil pessoas no total estão pressas nesses campos, o detalhe é que quando se cita “campos de concentração”, logo, se pensa na Alemanha em Hitler, e imagina-se que essa calamidade mundial ficou no passado. Porém, para desespero de muitos, infelizmente, assim como os Judeus foram perseguidos, atualmente se perseguem cristãos, principalmente na Coreia do Norte, onde estima-se que haja de 200 à 400 mil cristãos que sobrevivem às escondidas sem liberdade e com suas vidas ameaçadas, além de terem até a sua terceira geração ameaçada, pois se forem condenados

seus parentes também responderam pelo crime mesmo crime, existem templos no país para que se possa manter a aparência no cenário internacional, no entanto, não há cultos.

A liberdade religiosa não existe, e a maioria da população também sofre, além de morrer com a fome, os deficientes servem como cobaias para experiências médicas e de armas químicas, o tráfico humano e a escravidão são comuns, as crianças e mulheres não são poupadas, e o restante da população vive de acordo com as regras impostas por seu líder, submetidas desde crianças à lavagens cerebrais para que sejam programadas a pensar de acordo como o regime do país, e acima de tudo para idolatram quem estiver no poder, para que este possa continuar a cometer seus crimes.

Por ser um país bem fechado, e com armas de destruição em massa, alguns países têm tentado diplomaticamente interferir, a comissão de inquérito das Nações Unidas denunciou ao Tribunal Penal internacional, pedindo que se tome as medidas cabíveis com urgência, principalmente no que se refere aos campos de concentração, à liberdade e ao direito a vida, porém sem êxito. De outra banda, a Anistia Internacional também exigiu que a Coreia do Norte acabe com os campos de concentração ou permita o acesso das organizações de direitos humanos internacionais, para que se verifique a situação, mas até o presente momento nenhuma medida foi tomada.

Marzuki Darusman, especialista em direitos humanos sobre a situação na Coreia do Norte, em entrevista à jornalistas americanos, declarou: “Eu lamento profundamente que a situação de direitos humanos na Coreia do Norte continue a mesma, apesar das graves preocupações constantemente reiteradas pela comunidade internacional” (ONUBR, 2015).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar de todas as diferenças culturais entre os Estados, é necessário encontra-se um ponto em comum, um meio termo que garanta a todos os povos uma vida digna sobre o ponto próprio e dos demais.

Como discursado anteriormente, é evidente que novas medidas devem ser tomadas, para que seja uma prioridade internacional e universal os direitos humanos, tanto no que se refere a vida, a liberdade, como na cultura, pois apesar de países como a Coreia do Norte, terem uma cultura tão diferente é possível que haja respeito e harmonia, pois, a diversidade deve existir, mas jamais deverá servir de desculpa para cometer crimes contra o ser humano.

Não é aceitável que em pleno século XXI ainda haja um desrespeito tão grande aos direitos humanos em nome da liberdade cultural, pois estes são direitos que estão acima de qualquer ordenamento ou Estado, são resultado das transformações e evoluções pelas quais a sociedade mundial passou, resultados das lutas e discussões de vários povos em busca de um mínimo irreduzível.

É claro que é preciso respeitar a diversidade e os costumes de cada cultura, mas também de se estabelecer um limite para certas práticas, tendo





como objetivo último o bem-estar do ser humano e, mais do que a simples dignidade, por mais que não seja um direito expresso, é preciso buscar-se o direito à felicidade.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Conceito - Objetivo - Diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. Disponível em < [http://www.lex.com.br/doutrina\\_27021556\\_CONCEITO\\_\\_OBJETIVO\\_\\_DIFERENCA\\_ENTRE\\_DIREITOS\\_HUMANOS\\_E\\_DIREITOS\\_FUNDAMENTAIS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27021556_CONCEITO__OBJETIVO__DIFERENCA_ENTRE_DIREITOS_HUMANOS_E_DIREITOS_FUNDAMENTAIS.aspx)>. Acesso em 19 de set de 2016.

ARAGÃO, Jarbas. **Cristãos são crucificados, queimados e esmagados na Coreia do Norte**. Disponível em < <https://noticias.gospelprime.com.br/cristaos-crucificados-esmagados-coreia-do-norte/>>. Acesso em 22 de set de 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 20.

CACTO BOLA. **Cultura x direitos humanos**. Disponível em < <http://cactobola.blogspot.com.br/2010/12/cultura-x-direitos-humanos.html>>. Acesso em 22 de set de 2016.

CRAVEIRO, Rodrigo. **Ex-capitão do Exército da Coreia do Norte fala ao EM sobre o regime imposto no país**. Disponível em < [http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2016/02/14/interna\\_internacional,734056/ex-capitao-do-exercito-da-coreia-do-norte-fala-ao-em-sobre-o-regime-im.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2016/02/14/interna_internacional,734056/ex-capitao-do-exercito-da-coreia-do-norte-fala-ao-em-sobre-o-regime-im.shtml)>. Acesso em 21 de set de 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **O que são os direitos humanos?**. Disponível em <http://www.dudh.org.br/definicao/>. Acesso em 29 de set de 2016.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 15.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 30.

MARTINS, Urá Lobato. **Direitos humanos: universalismo versus relativismo**. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/19027/direitos-humanos-universalismo-versus-relativismo>>. Acesso em 23 de set de 2016.

MORAIS, André de Oliveira. **O debate entre universalismo e relativismo cultural se justifica?** Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11200&revista\\_caderno=16](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11200&revista_caderno=16)>. Acesso em 20 de set de 2016.



PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215-216.

PORTAL NACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO. **Multiculturalismo não pode ser escusa para violação dos direitos humanos**. Disponível em <<http://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/255598524/multiculturalismo-nao-pode-ser-escusa-para-violacao-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 23 de set de 2016.

ONUBR. **Coreia do Norte: Violações sistemáticas de direitos humanos continuam, alerta especialista da ONU**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/coreia-do-norte-violacoes-sistematicas-de-direitos-humanos-continuam-alerta-especialista-da-onu/>>. Acesso em 29 de set de 2016.

SABER DIREITO. **Saber Direito: Curso Direito Internacional Público - Aula 1 Vídeo 3**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=nKF3Zf7t1q4&list=PLC560DD899DCCC9E7&index=3>>. Acesso em 24 de set de 2016.

TV POLIEDRO. **Aula 39 - Sociologia - Cultura - Parte II: Multiculturalismo e Direitos Humanos**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=JWnYFC3VpUE>>. Acesso em 24 de set de 2016.

YOUTH FOR HUMAN RIGHTS. **Declaração universal dos direitos do homem das Nações Unidas**. Disponível em <<http://www.youthforhumanrights.org/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-1-15.html>>. Acesso em 23 de set de 2016.

## **MOVIMENTOS FEMINISTAS E DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES**

*Rosemara Unser<sup>1</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Os Direitos Humanos, reconhecidos através de Normas, Leis e outros dispositivos nacionais e, em documentos internacionais, consistem em direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, garantindo o pleno desenvolvimento das pessoas e uma vida mais plena. Da mesma forma, aqueles que tiverem seus direitos humanos violados ou não reconhecidos pela sociedade, deixarão de participar da vida social e, possivelmente serão segregados e/ou injustiçados. Para compreender, melhor este processo de conquista de Direitos Humanos das Mulheres, é fundamental se ter presente a atuação e importância dos Movimentos Feministas. Para isso, o trabalho analisará o contexto do nascimento dos Movimentos Feministas, tendo presente a influência do patriarcado e das demais relações de poder que o englobam, como a atuação religiosa, do Estado e da família no processo de opressão das mulheres, buscando vislumbrar alguns resultados práticos destes movimentos que garantiram acesso a Direitos Humanos para as Mulheres.

**Palavras-chave:** Feminismo; Patriarcado; Direito das Mulheres; Constituição Federal de 1988; Relações de Gênero.

### **METODOLOGIA**

A presente pesquisa optou utilizar o método hipotético dedutivo e método de procedimento sócio-histórico-analítico, nos quais se buscará dar tratamento localizado no tempo à matéria objeto do estudo, pretendendo investigar os acontecimentos, os processos e as instituições que alavancaram e possibilitaram o desenvolvimento dos Direitos Humanos das mulheres. Referente a técnica da pesquisa, será utilizada documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias, tais como: livros, periódicos e documentos. As referidas fontes servirão, tanto para a fundamentação do trabalho, como para a diversificação de sua abordagem, possibilitando a concretização dos objetivos propostos.

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

O ser mulheres na história encontra-se em constante transformação. A busca pela reapropriação do poder roubado, não permitido e desacreditado, não é tarefa fácil, tampouco, nem todas as mulheres estão dispostas, tem forças ou possuem percepção suficiente para fazê-lo, pois, o processo de libertação para permitir o nascimento da nova mulher, a mulher que já não é

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo-RS. Advogada. E-mail: ro.unser@hotmail.com

sombra do outro, neste caso, dos homens, sejam eles o pai, o marido, o chefe, e/ou líderes religiosos, pode ser árduo e doloroso. Em pleno século XXI denota-se que a desigualdade de gênero segue gritante no mundo todo, algumas vezes com maior ou menor proporção. O pano de fundo está tecido no patriarcado, que vitima o sexo feminino independente de etnias, situação financeira ou credo. Neste sentido, há uma identidade subalterna construída nas e para as mulheres, independente das condições em que vive.

Porém, cabe ressaltar que, a sociedade nem sempre foi desequilibrada em termos de relações entre gênero, pois, existem fortes evidências, a partir de releituras arqueológicas e estudos antropológicos, que no início da humanidade existiu uma estrutura social de igualdade e parceria que foi a base da convivência humana. Neste contexto nenhuma metade da humanidade era colocada acima da outra, e nenhuma diferença foi igualada a inferioridade ou superioridade. As mudanças culturais ocorridas nas relações humanas, antes de parceria, passou para outras formas de relações destacando-se: guerras, força e poder. Sendo assim, o princípio essencial na substituição do modelo de parceria vivido pelas sociedades primitivas, foi o modelo de dominação. Surge então, diante desse cenário uma necessidade de desconstruir esse poder ideológico e opressor, e reconstruí-lo valorizando a dignidade da pessoa humana. E para isso, a luta das mulheres busca reduzir a desigualdade de gênero, busca um espaço de reconhecimento identitário, um espaço de igualdade nos espaços públicos e privados (EISLER, 2007).

Durante toda a história da humanidade sempre houve mulheres que se rebelaram contra as condições que eram impostas, lutaram por igualdade, liberdade e, muitas vezes, pagaram com suas próprias vidas. A inquisição da Igreja Católica foi implacável com qualquer mulher que desafiasse os princípios por ela pregados, como dogmas inofensíveis. O feminismo é um movimento de resistência contra a opressão das mulheres na sociedade, e teve origem no ano de 1848, na Convenção dos Direitos da Mulher, na cidade de Nova Iorque. Este movimento adquiriu cunho reivindicatório por ocasião das grandes revoluções e assume várias formas distintas (PINTO, 2012, p. 258).

Entre várias pesquisadoras que estudam os movimentos feministas, Céli Regina Jardim Pinto, professora da Universidade do Rio Grande do Sul, pondera que desde o início da Revolução Francesa, no século XVIII, foi possível identificar mulheres que, embora de forma pouca organizada, lutaram por direitos à cidadania. No Brasil, a primeira fase do feminismo teve a luta das mulheres pelos direitos políticos. Bertha Lutz, uma bióloga e cientista importante, que estudou no exterior e retornou ao Brasil, na década de 1910, foi uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino e, uma das principais militantes, cuja organização foi o pedido da aprovação do projeto de lei, que dava o direito de voto às mulheres. Direito este adquirido em 1932 (PINTO, 2012, p. 270).

A segunda fase do feminismo ocorreu entre os anos de 1960 e 1980, chamada de feminismo difuso. As feministas eram mulheres cultas, que possuíam vidas públicas, sendo na grande maioria escritoras, professoras e jornalistas: “[...] essas mulheres tem um campo mais vasto de questões,

defendem a educação da mulher e falam em dominação dos homens e no interesse deles em deixar a mulher fora do mundo público” (PINTO, 2003, p. 15). Já a terceira fase do feminismo consistiu na organização de movimentos anarquistas e, posterior do Partido Comunista. Ocorreu no início da década de 1990, integrando militantes de esquerda, as quais lutavam para ampliar o debate de sua sexualidade e libertação sexual. Foi nesse período, que as mulheres sustentaram a prerrogativa de reconhecimento e mudanças de suas novas identidades (ANGELIN; HAHN, 2015, p. 75)

Um fato que precisa ser mencionado neste processo de resistência das mulheres e participação nos espaços da vida pública, refere-se à Primeira Guerra Mundial, que foi um marco que propulsionou a entrada das mulheres no mercado de trabalho, uma vez que os homens estavam na guerra e os espaços nas fábricas precisam ser preenchidos. A Primeira Guerra Mundial “[...] requisitou as mulheres como força de trabalho para substituir os homens que estavam na guerra, forçando-as a deixar os lares [...] o mesmo ocorreu na Segunda Guerra Mundial” (ANGELIN; MADERS, 2010, p. 101).

Necessário legitimar também que durante o período da Segunda Guerra Mundial (1930-1940), muitas mulheres passaram a trabalhar, contribuindo, assim, para a construção de suas autonomias e independências. Daniela Auad, professora da Faculdade de Educação da Universidade Federal de Juiz de Fora (FACED/UFJF), em sua obra intitulada *Feminismo: que história é essa?*, faz suas ponderações, afirmando que este período também foi marcado pelo sufrágio universal e a conquista das mulheres ao voto (AUAD, 2003, p. 47). Levando isso em consideração, denota-se que, a luta das mulheres no Brasil foi além do sufrágio, pois, diferentes mulheres contribuíram na luta por direitos de igualdade e cidadania na sociedade brasileira, nas suas mais diversas classes sociais e nos mais distintos campos da política e economia. Vale lembrar que, o feminismo no Brasil foi incorporado primeiramente por mulheres elitizada, enquanto as mulheres hipossuficientes e colonizadas se organizavam em outros tipos de movimentos para melhorar condições básicas de vida. Mais adiante, ambos os movimentos se uniram e buscaram a positivação de seus direitos, bem como melhores condições de vida para todos os cidadãos e cidadãs, fossem eles mulheres ou homens (AUAD, 2003, p. 71).

O cenário dos movimentos feministas, nos anos 1980 tomou novos rumos. Alguns movimentos feministas passaram a tratar da violência contra a mulher e o acesso à saúde, de forma prioritária. Nesse mesmo período, houve o surgimento e o desenvolvimento do feminismo acadêmico, voltado a pesquisas de ciências humanas e educação realizada nas grandes universidades do país. Os movimentos feministas foram conquistando espaços no plano institucional, por meio de Conselhos da Condição da Mulher e Delegacias da Mulher, levando a presença de mulheres nos cargos eletivos e, participando de forma assídua na política (PINTO, 2003, p. 68).

A Constituição Federal brasileira de 1988 é o marco político institucional e jurídico que reordenou o sistema brasileiro, impondo uma adequação a todas as normas legais dos direitos humanos, inclusive dos direitos humanos das mulheres. É importante destacar, que através da Constituição Federal de 1988

se alcançou a igualdade jurídica entre homens e mulheres, ou seja, as mulheres passaram a ser consideradas iguais a homens, em direitos e obrigações.

Partindo dessa premissa, a própria Constituição Federal de 1988, em vários dispositivos apresenta marcos de avanços conquistados pelos movimentos feministas e de mulheres, como exemplo: a) artigo 3º, inciso IV que promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; b) artigo 7º, inciso XXX que trata da igualdade salarial e, c) artigo 226, § 5º que refere dos direitos e obrigações de ambos os sexos na instituição familiar, conforme segue: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (PINTO, 2003, p. 58).

Contudo, nos anos 1990, ocorreu uma extensa produção normativa voltada à regulamentação e à promoção de direitos humanos, garantias individuais e sociais na qual se fortaleceram com o processo constitucional. Porém, a classe trabalhadora enfrentou diversos problemas de desestruturação no mercado de trabalho, sofrendo assim, a redução do salário e a precarização do emprego. Nesse sentido, as mulheres menos favorecidas foram mais atingidas e, apesar de alcançarem progressos significativos nas esferas públicas e privadas, continuam a enfrentar diversos obstáculos, inviabilizando o pleno exercício da cidadania. No contexto dessas dificuldades, destacam-se as desigualdades de gênero, o controle da reprodução e da sexualidade, da redução da pobreza e do acesso ao trabalho e aos direitos previdenciários e o mais significativo que é a segurança das mulheres ameaçadas pela violência de gênero (PINTO, 2003, p. 60).

Depreende-se assim, que muitas das reivindicações que a carta possuía foram atendidas, exceto a questão do aborto que desapareceu do documento. Destaca-se que, “[...] essa última postura estava de certa forma muito atrelada a uma posição de defesa política do governo, o que sem dúvida era a questão do aborto”. Diante da eminência da criminalização do aborto, mesmo em caso de estupro e perigo de vida da gestante, os movimentos feministas promoveram uma campanha de repercussão nacional para que fossem mandados telegramas para manter o direito ao aborto nesses casos (PINTO, 2003, p. 76), o que foi alcançado.

Na última década do século XX, os movimentos feministas sofreram um processo de profissionalização por meio da criação de ONGs, o que fez com que estivessem mais próximas do Estado para aprovar medidas protetivas em prol das mulheres. O ponto central dessa luta foi o combate à violência, principalmente a violência doméstica e familiar contra as mulheres. A maior conquista adquirida pelos movimentos feministas foi a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006), que criou mecanismos para coibir e punir a violência doméstica e familiar contra a mulher (PINTO, 2012, p. 274).

Não se pode olvidar, que ao longo da história as condições de gênero, aqui envolvendo as mulheres, foram colocadas em primeiro lugar pelos movimentos feministas, pois não envolviam somente diferença de sexo, mas

também referiam-se às condições que as mulheres eram submetidas. Essas práticas de opressão e submissão foram impostas pelo sistema patriarcal, que funcionou dentro das famílias, na sociedade e, também nas esferas e órgãos do Estado, criando e reforçando identidades femininas de submissão.

Os movimentos feministas lutam juntos, pelo reconhecimento, igualdade, condições dignas de trabalho, saúde, liberdade do corpo e libertação sexual. Conforme observa o professor e pesquisador Walfrido Nunes de Menezes, em sua obra *Cidadania Feminina*, quando a mulher se transforma em ser sujeito, pode atingir a plena cidadania: “O Ser Sujeito transforma e é transformado em seu processo histórico, mas consciente e atuante nessas transformações, sendo ele mesmo o sujeito do seu crescimento e desenvolvimento e, assim, atinge o pleno exercício da Cidadania Ativa” (MENEZES, 2005, p.66).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta das mulheres nos últimos anos, através de Movimentos Feministas, tem aprimorado seus direitos de cidadania. Encontrando fissuras e ocupando espaços antes restringidos à elas, as mulheres mudaram um cenário naturalizado de submissão e opressão. Neste contexto, destaca-se a atuação dos Movimentos Feministas que foram capazes de quebrar os estereótipos identitários das mulheres e, através disso, garantir o acesso à direitos antes reservados somente aos homens.

Destaca-se que essas conquistas não garantiram a plenitude de direitos às mulheres, os quais encontram-se, em especial, nos espaços jurídicos da sociedade. A todo momento a ideologia patriarcal se manifesta nos diversos espaços da sociedade, reprimindo as mulheres e, inclusive, atentando a direitos já conquistados. Isso reforça a necessidade de uma constante revisão e mudança cultural da sociedade no reconhecimento das mulheres como sujeitas sociais de direitos, a fim de se garantir o aumento da participação destas em espaços públicos e privados.

## REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela. HAHN Noli Bernardo. A contribuição dos movimentos feministas para a cultura dos direitos humanos mediante a perspectiva da racionalidade descentrada. In: **Policromias da diferença: inovações sobre pluralismo, Direito e Interculturalidade/** Curitiba: Juruá, 2015.

ANGELIN, Rosângela; MADERS, Angelita Maria. A construção da equidade nas relações de gênero no ordenamento jurídico brasileiro: avanços e desafios. In: COPETTI, André Leonardo; DEL'OMO, Florisbal de Souza [Orgs.]. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos.** Volume 2. 2010.

AUAD, Daniela. **Feminismo: que história é essa?** Rio de Janeiro: DP&A, 2003.



BRASIL. **Constituição Federal de 1988**: Anotada. 3. ed. revista e atualizada 2001.

EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2007.

MENEZES, Walfrido Nunes. **Cidadania feminina**: um longo e tortuoso caminho. Disponível em: <<http://www.revisa2.uepg.br/index.php/emancipacao/article-/view/60/58>>. Acesso em: 06 de mar. 2016.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.



## **A APTIDÃO DA SOCIEDADE COMPLEXA E SISTÊMICA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA AUTOCOMPOSIÇÃO**

*Rossana Birck de Menezes<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O tema abordado no presente trabalho consiste em estudo da complexidade social e das transformações sofridas pelas sociedades e, conseqüentemente, avalia-se a sua capacidade de autocomposição. A pesquisa justifica-se por tratar de temática atual e de interesse social. O pensar sobre as comunidades urbanas mostra-se salutar para que seja fomentada a tutela efetiva de suas demandas. O objetivo principal do trabalho é pautado em avaliar se a atual estrutura social permite a eficaz resolução de conflitos a partir da autocomposição, como preconiza o novo Código de Processo Civil. Como problema, questiona-se se a teoria sistêmicas e a teoria da complexidade podem dar suporte às construções jurídicas desejadas? Em metodologia de abordagem adota-se sistêmico-complexo, a fim de analisar os fundamentos da matéria e obter maior entendimento da interdisciplinariedade que envolve os fenômenos estudados. O método de procedimento é o bibliográfico, com ênfase na doutrina. Como resultado da pesquisa, aponta-se que a avaliação e percepção da complexidade pela própria sociedade contribui para o sucesso da autocomposição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autocomposição; Complexidade social; Resolução de demandas.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho estuda a aptidão que as comunidades atuais têm para o exercício da autocomposição de seus conflitos. O desenvolvimento do trabalho parte de abordagem sobre a teoria sistêmica, de Fritjof Capra, e a teoria da complexidade, de Edgar Morin. A pesquisa mostra-se salutar para a compreensão e continuidade sustentável do desenvolvimento humano, tanto para a identificação de problemas sociais quanto para a formação de uma tutela efetiva às demandas.

O objetivo desta pesquisa consiste no estudo da atual estrutura social e seu universo como ambientes férteis à autocomposição de demandas. Abordam-se principalmente assuntos sociais. Como problema para o

---

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Orientador: Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2013). Membro da equipe técnica de revisão e editoração da Revista Eletrônica do curso de Direito da UFSM (2016), Qualis B1. Advogada. Juíza Leiga, atuante no Juizado Especial Cível da Comarca de Santo Cristo/RS. Endereço eletrônico: rossanabirck@gmail.com

desenvolvimento do trabalho, questiona-se se a teoria sistêmicas e a teoria da complexidade podem dar suporte a construções jurídicas desejadas?

Em metodologia de abordagem adota-se sistêmico-complexo, a fim de analisar os fundamentos da matéria e obter maior entendimento da interdisciplinariedade que envolve os fenômenos estudados. Para o desenvolvimento do trabalho, a determinação de conceitos e assuntos introdutórios têm natureza descritiva, cujas informações serão coletadas principalmente de doutrinas, de artigos científicos e da legislação em vigor. Utiliza-se o método de procedimento bibliográfico nas construções teóricas a realizadas no decorrer do trabalho.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Inicia-se o estudo explorando os autores Edgar Morin e Jean-Louis Le Moigne, quando afirmam que pensar a complexidade é o maior desafio do pensamento contemporâneo. O pensamento científico clássico se edificou sobre três pilares: a ordem, a separabilidade e a razão, no entanto, estas bases encontram-se abaladas devido ao desenvolvimento (MORIN; LE MOIGNE, 2000, p. 199).

A noção de ordem depreendia uma concepção determinada e mecânica do mundo, sendo que qualquer desordem aparente era considerada fruto da nossa ignorância provisória. O pilar da separabilidade previa que para se estudar ou resolver um problema era necessário decompô-lo em elementos simples. O pensamento complexo visa substituir estes ideários, mas sim vem provocar um diálogo tanto entre a ordem, desordem e organização quanto a separabilidade e a inseparabilidade (MORIN; LE MOIGNE, 2000, p. 199-200).

A razão clássica repousava sobre três princípios: da indução, da dedução e da identidade, que determinada a rejeição da contradição. O pensamento complexo convoca, não ao abandono desta lógica, à combinação dialógica entre a sua utilização, segmento por segmento, e a sua transgressão nos buracos negros em que ele para de ser operacional (MORIN; LE MOIGNE, 2000, p. 200-201).

Os mesmos autores apresentam as ferramentas para se conduzir em um universo onde a ordem não é absoluta, a separabilidade é limitada e a lógica comporta lacunas. A primeira consiste na teoria da informação que vem a tratar da incerteza, do inesperado, da novidade e da surpresa. A segunda ferramenta é a cibernética, ou teoria das máquinas autônomas, que permite a autonomia de um sistema. Este sistema lança-se de um conjunto de processos regulares baseados em múltiplas retroações, as quais passam a estabilizar um sistema e reduzir o desvio. Por fim, a teoria dos sistemas mostra que existem qualidades emergentes que nascem da organização de um todo e que podem retroagir às partes. O autor ainda destaca que o todo é igualmente menos que a soma das partes, porque as partes podem ter qualidades que são inibidas pela organização do conjunto (MORIN; LE MOIGNE, 2000, p. 201-202).

Neste sentido, o autor Fritjof Capra expõem que os sistemas vivos são totalidades integrantes cujas propriedades não podem ser reduzidas às partes menores. Trata-se de uma configuração de relações ordenadas que, se dissecados em elementos isolados, é destruída. A mudança do pensamento mecanicista para o pensamento sistêmico, a relação entre as partes e o todo foi invertida (CAPRA, 1996, p. 36).

Embora Norberto Bobbio seja classificado como filósofo positivista, trata da matéria em sentido semelhante ao afirmar que os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história demonstra. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições, da carência, dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos e das transformações técnicas. Direito que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas (BOBBIO, 2004, p. 13).

A ciência cartesiana entendia que em qualquer sistema complexo o comportamento do todo podia ser analisado em termos das propriedades e suas partes. De modo diverso, a ciência sistêmica mostra que os sistemas vivos não podem ser compreendidos por meio da análise, mas sim dentro do contexto do todo maior, do meio ambiente. Se para a visão mecanista o mundo é uma coleção de objetos, em que as relações são secundárias, para o pensador sistêmico os próprios objetos são redes de relação, embutidas em redes maiores (CAPRA, 1996, p. 36-37).

Ainda, Edgar Morin diz que o pensamento da complexidade apresenta-se como um edifício de muitos andares, sendo a base formada a partir das três teorias: informação, cibernética e sistema, que comporta as ferramentas para uma teoria da organização. Em seguida, a aplicabilidade é traduzida pelos princípios do diálogo, de recursão e o hologramático. A problemática envolvendo o princípio do diálogo está em unir as noções antagônicas para pensar os processos organizadores, produtivos e criadores no mundo complexo da vida e da história humana (MORIN; LE MOIGNE, 2000, p. 204).

O princípio da recursão é a sequência do princípio da retroação, quando ultrapassa a noção de regulação para a autoprodução e auto-organização. Trata-se de um círculo gerador no qual os produtos e os efeitos são eles próprios produtores e causadores daquilo que os produz. Os indivíduos humanos produzem a sociedade e, em mediante, suas interações, e a sociedade, enquanto um todo emergente, produz a humanidade destes indivíduos, trazendo-lhes a linguagem e a cultura (MORIN; LE MOIGNE, 2000, p. 204-205).

O terceiro princípio, o hologramático, coloca em evidência o aparente paradoxo de sistemas em que não somente a parte está no todo, mas o todo está na parte. Assim, o indivíduo é uma parte da sociedade e a sociedade está presente em cada indivíduo enquanto todo através da sua linguagem, sua cultura e suas normas. Vê-se que o pensamento complexo interage incessantemente entre certezas e incertezas, entre o elementar e o global, entre o separável e o inseparável. Não se trata, portanto, de abandonar os

princípios da ciência clássica, mas de integrá-los à totalidade (MORIN; LE MOIGNE, 2000, p. 205).

A noção de conhecimento científico como uma rede de concepções enseja na ideia de que nenhuma parte é mais fundamental que as coisas. O universo material é visto como uma teia dinâmica de eventos inter-relacionados, em que nenhuma das propriedades de qualquer parte dessa teia é fundamental. O ambiente é visto como uma teia interconexa de relações, na qual a identificação de padrões específicos como sendo objetos depende do observador humano e do processo de conhecimento. Essa teia de relações é descrita por intermédio de uma rede correspondente de conceitos e de modelos, todos igualmente importantes (CAPRA, 1996, p. 38-39).

O autor Fritjof Capra traz a definição de que “a teia da vida” é uma rede flexível e sempre flutuante. Quanto mais variáveis forem mantidas flutuando, mais dinâmico será o sistema, maior será a sua flexibilidade e maior será sua capacidade para se adaptar a condições mutáveis. Dessa maneira, os ecossistemas e as comunidades humanas se mantêm em um estado flexível, pronto para se adaptar. Em contrapartida, a falta de flexibilidade se manifesta como tensão (CAPRA, 1996, p. 221-222).

Essas considerações levam à compreensão de que administrar um sistema social: uma empresa, uma cidade ou uma economia, significa encontrar os valores ideais para as variáveis do sistema. O princípio da flexibilidade sugere uma estratégia correspondente para a resolução de conflitos das comunidades, para estabelecer-se um equilíbrio dinâmico, e não impor decisões rígidas. Essa necessidade de flexibilidade é atinente às comunidades complexas, que partem da diversidade étnica e cultural. Para Capra, uma comunidade diversificada é uma comunidade elástica, capaz de se adaptar a situações mutáveis (CAPRA, 1996, p. 222).

O equilíbrio dinâmico pode ser alcançado pelo sistema de autocomposição, quando os litigantes buscam a conciliação da matéria litigiosa e tem real compreensão do seu universo de complexidade. Cabe a citação dos estudos de Luis Alberto Warat, em que define que a mediação começa quando as partes conseguem interpretar o significado dos comportamentos, das suas diferenças e se disponibilizam a dialogar e a construir o acordo (WARAT, 1999, p. 130).

Esta autocomposição de conflitos pode ocorrer tanto na via judicial quanto extrajudicial. Para a primeira, o artigo 139, inciso V, do Código de Processo Civil/2015, imputa ao juiz o poder/dever de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. O estímulo à conciliação é gravado desde o início do novo diploma legal, quando dispõe o artigo 3º, § 3º, CPC/2015, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Ainda na conciliação judicial, o artigo 165 e seguintes, CPC/2015, estabelecem que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual



de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

A conciliação de modo extrajudicial é sinalizada pelo código em seu artigo 175, CPC/2015, em que dispõe que os centros judiciários de autocomposição não excluem outras forma de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Entre as formas de resolução de conflitos de modo extrajudicial vê-se às serventias extrajudiciais com grande potencial para promover e fomentar práticas conciliatórias. Tratam-se de serviços presentes em quase todos os municípios do território nacional que, em grande medida, são respeitados pela população por gozarem de fé-pública e excelência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria sistêmica, elaborada por Fritjof Capra, e a teoria da complexidade, defendida por Edgar Morin, trazem um novo olhar e pensar sobre as relações e integrações desenvolvidas nas diferentes comunidade e, inclusive, entre grupos diferentes. A partir desta ótica sistêmico-complexo têm-se, não apenas a consideração de construtos certos e, em tese, absolutos, como também o diálogo ao desordenado, ao inseparável e à complexidade. Neste estudo, verifica-se que os conceitos fechados de comunidade não se sustentam.

É sobre a estrutura sistêmica-complexa que ocorrem as relações humanas, fatos jurídicos, das quais emerge a necessidade de tutela jurisdicional. A imposição de um ordenamento linear sobre uma sociedade complexa pode gerar injustiças. Portanto, o Direito merece ser pensado e produzido a partir das sociedades que pretende tutelar. A autocomposição, atualmente, pode ser indicada como um dos meios mais eficazes para a solução de impasses, em razão de envolver indivíduos integrantes da sociedade complexa e quando procuram a pacificação trazem consigo as peculiaridades necessárias a solução justa.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 25 set. 2016.



CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. **A inteligência da complexidade**. São Paulo: Petrópolis, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1999.

## **MOVIMENTOS SOCIAIS FEMINISTAS E SEUS AVANÇOS**

*Salete da Silva Hoch<sup>1</sup>*

*Orientadora: Charlise Paula Colet Gimenez<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho discorre sobre os Movimentos Sociais Feministas e qual o seu papel diante as conquistas adquiridas pelas mulheres. Assim, diante de uma sociedade, historicamente e culturalmente machista, observa-se nos dias atuais a incessante busca da mulher por ter seus direitos reconhecidos e respeitados, assegurando o seu espaço e tratamento com igualdade. Nessa luta, os movimentos feministas tiveram um importante papel, constituindo-se em movimentos de libertação da mulher quanto às opressões sociais, culturais, políticas e econômicas sofridas. Desse modo, questiona-se: de que forma o avanço dos movimentos sociais feministas contribuiu para a igualdade de gênero na sociedade multicultural contemporânea?

O estudo é importante para demonstrar à sociedade os problemas que a mulher sofre diariamente por não ter seus direitos respeitados e garantidos. A Constituição Federal, como protetora do cidadão, traz como direito e garantia fundamental, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações e, por outro lado, observa-se uma sociedade conservadora e repleta de estereótipos que obstam a concretização da material da igualdade.

Os movimentos sociais feministas fizeram frente na conquista de muitos direitos reconhecidos hoje as mulheres, desde o rompimento do papel que a mulher "deveria" desempenhar na sociedade, até o espaço e direitos conquistados nos dias atuais. Assim, o presente estudo quer demonstrar que a mulher buscou o seu espaço, no entanto a busca continua por maiores conquistas e respeito aos direitos já conquistados.

### **METODOLOGIA**

Adota-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, enquanto o procedimento adotado no presente trabalho é o bibliográfico, com técnica de

---

<sup>1</sup>Graduanda do 10º Semestre de Direito, URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Santo Ângelo.

<sup>2</sup>Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul ? UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professora dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Advogada.

pesquisa indireta através de coleta de dados para a elaboração da pesquisa por meio de livros, artigos de periódicos, revistas, pesquisa à legislação, sites da internet, e revistas jurídicas.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Os movimentos feministas surgem com o anseio da busca da mulher pelo seu lugar na sociedade, e na defesa de direitos de igualdade entre homens e mulheres. Alves e Pitanguy expõem que “[...] o feminismo rompe com os modelos políticos tradicionais [...]” (ALVES; PITANGUY, 1982, p.8). Observa-se que desde os primórdios as mulheres, sofrem opressões bem como foram sempre consideradas inferiores ao sexo masculino, tendo para com este uma relação de subordinação. Neste sentido afirma Beauvoir que “No tempo em que se tratava de brandir pesadas maças, de enfrentar animais selvagens, a fraqueza física da mulher constituía uma inferioridade flagrante[...]” (BEAUVOIR, 1980, p. 73). E desse modo começa a trajetória dos movimentos que buscará a liberdade da mulher, denunciando as condições de opressão sofridas.

Na procura por reivindicar seus direitos, os movimentos feministas modernos tem seu surgimento no período histórico do iluminismo, tendo início com a Revolução Francesa, onde pode observa-se, que as mulheres tentam impor-se, evento este conhecido por “a marcha das mulheres do mercado”. Expõem Alves e Pitanguy que foi no âmbito da Revolução Francesa “[...] que o feminismo adquire uma prática de ação política organizada. Reivindicando seus direitos de cidadania frente aos obstáculos que o contrariam, o movimento feminista, na França, assume um discurso próprio, que afirma a especificidade da luta da mulher (ALVES; PITANGUY, 1982, p. 32).

Os movimentos sociais feministas, com os ideais revolucionários, expandiram-se por todo o mundo, tendo como um dos marcos a revolta das trabalhadoras da indústria têxtil, que ocorrerá em Nova-York, na data de 08 de março de 1857, onde mulheres, lutaram por redução de carga horária de trabalho e melhor remuneração (TAPIOCA NETO, 2012).

Aponta-se no contexto histórico, que os movimentos sociais feministas, fases marcadas por grandes feitos. A primeira a ser apontada, conhecida como a primeira onda, que ocorrerá na Inglaterra, durante o século XIX, onde as denominadas feministas, buscavam o direito ao voto. Nesse sentido, expõe Pinto que “[...]chamada primeira onda do feminismo aconteceu a partir das últimas décadas do século XIX , quando as mulheres, primeiro na Inglaterra, organizaram-se para lutar por seus direitos, sendo que o primeiro deles que se popularizou foi o direito ao voto (PINTO, 2010, p. 16)”.

No Brasil, as mulheres conquistavam o direito ao voto em 1932, vindo a gozar na integridade o direito que adquiriram na década de 1940, nota-se que as brasileiras uniram-se em prol de maior atuação no campo político e econômico. Porém logo após surgira o golpe militar, vivencia-se no país total regime de opressão, perdendo forças o movimento, vindo a ressurgir e a ganhar espaço novamente com o termino da ditadura.



Observa-se que na primeira onda as mulheres buscavam igualdade perante os homens, em todas as áreas, tanto de trabalho, quanto da política, já na segunda onda as mulheres voltaram-se para elas mesmas, voltando-se para a questão de gênero, o feminismo desse momento “deu prioridade às lutas pelo direito ao corpo, ao prazer, e contra o patriarcado – entendido como o poder dos homens na subordinação das mulheres” (PEDRO, 2010).

Verifica-se que na terceira onda, que nessa busca por igualdade entre homens e mulheres, estas notam que ocorre a existência de desigualdades entre as próprias mulheres, passam assim, a olhar as diferenças entre elas.

Nesse instante, chega-se a conclusão de que o movimento feminista vinha sendo excludente. Na primeira e na segunda onda, mulheres como as sufragistas, de classe média e as donas de casa americanas dos anos 70 e 80, as quais não questionavam as problemáticas enfrentadas por outras mulheres que, apesar de serem também mulheres, não estavam no mesmo patamar. Esse é o momento em que se destacam certos grupos dentro do movimento feminista, como os de mulheres negras, lésbicas ou trabalhadoras rurais. Passando a se reconhecer, nitidamente, as pluralidades femininas, que os idealizadores do conceito de gênero pareceram esquecer, com a sua universalidade (COSTA, 2009).

Observa-se que outro grande momento se dá com a descoberta do método anticonceptivo, passando para a onda de libertação sexual das mulheres, onde estas tomam nas mãos a direção de suas vidas, conseguindo realizar um planejamento familiar. Assim, nota-se que as mulheres passaram a adquirir novos direitos, tais como a proteção contra a violência familiar, o reconhecimento de filhos tido fora do casamento, bem como a união estável como entidade familiar (TAPIOCA NETO, 2012). Em mesmo sentido afirmam Maders e Angelin que

Os movimentos feministas e os movimentos em prol dos direitos humanos que surgiram no século XX, aliados aos avanços tecnológicos e científicos, ao crescimento do mercado de consumo e à inserção da mulher no mercado de trabalho, foram alguns dos fatores que acabaram ensejando a emancipação feminina. Esta, por sua vez, implicou a liberdade feminina no que se refere ao controle da reprodução com o surgimento e utilização dos métodos contraceptivos (MADERS; ANGELIN, 2010, p. 99).

Como consequência dos fatos históricos, atualmente, verifica-se que as mulheres diariamente buscam seu espaço na sociedade. Os movimentos feministas ao longo de sua trajetória demonstraram que, a busca por espaço para as mulheres, assim como também, não há são sexo frágil em relação aos homens, tornaram-se decisivos neste prosseguimento pela busca da igualdade.

Grandes avanços foram conquistados com a promulgação da Constituição Federal, em 1988. A qual traz em seu texto constitucional a garantia de igualdade entre homens e mulheres na família e na sociedade. Expõe o legislador que

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Verifica-se que a mulher representa ao homem uma ameaça ao seu poder dominante. Expõe Beauvoir que “[...] na solidez da família, a garantia da propriedade privada: exige a presença da mulher no lar tanto mais vigorosamente quanto sua emancipação torna-se uma verdadeira ameaça[...]” (BEAUVOIR, 1980, p. 19).

Observa-se que os movimentos feministas não param de atuar, as feministas contemporâneas buscam maior expansão quanto ao uso de seus corpos, pois *A Marcha das Vadias* tem por escopo transmitir à sociedade que a mulher é dona do seu corpo, e não é por suas vestes que vai autorizar que uma mulher venha a ser violenta.

Constata-se que um dos principais instrumentos da marcha, é a nudez, onde se pretende demonstrar que possui autonomia sobre seu corpo, não sendo este objeto de mero prazer. Neste sentido, afirma Gomez que “A nudez, importante instrumento de impacto nas *marchas*, parece condensar a um só tempo a capacidade de criticar as normas de gênero e de expressar este modo subjetivo de “libertação” do corpo” (GOMEZ; SORJ, 2014).

Verifica-se que muitas conquistas foram alcançadas pelos movimentos sociais feministas, e que muito ainda tem se a buscar, razão pela qual afirma Auad que “não há dúvidas de que as conquistas ao longo da história foram muitas e bem batalhadas, mas ainda há muito por fazer. A luta toda está só começando e a cada dia muda de cara” (AUAD, 2003, p.87).

Constata-se que ao longo dos tempos as mulheres sofrem com a violência, que recebem de seus companheiros, e é dever do Estado produzir leis efetivas de proteção das mulheres, bem como políticas públicas de proteção para aos direitos adquiridos por elas. No entanto, nota-se que as mulheres tem conseguido seu espaço na sociedade, porém com pouca representação feminina na política nacional.

A violência exercida contra as mulheres, e não fala-se aí, somente em violência física, mas também psicológicas, tem sido tema diário de nosso dia-a-dia, pois as mulheres são submetidas as mais diversas formas de opressão. Neste sentido, afirma Auad que “O homem que assassina uma mulher, na maioria das vezes, já fez com que essa mesma mulher sofresse violência física, ao surrá-la, e provocou violência psicológica, ao xingá-la e ao tratá-la como um objeto que ele possui” (AUAD, 2003, p.79). Observa-se que no feminismo brasileiro há ocorrência de diversidade, onde existem momentos em que se tem conflitos e momentos em que se tem colaboração, assim, afirma Gomez e Sorj que “Diferentemente do que comumente se evoca, o feminismo brasileiro contemporâneo parece conter um grande dinamismo que se manifesta na ampla diversidade de suas expressões coletivas e das relações que mantêm entre si[...]” (GOMEZ; SORJ, 2014).

Não pode-se deixar de perpassar, pela atuação fundamental que as escolas possuem na formação de homens/ meninos e mulheres/ meninas, quanto a sua conscientização de gênero. Observa-se que a convivência com sujeitos homossexuais e bissexuais, faz com que os bancos escolares, bem como os acadêmicos, passem a discutir sobre sexo, sexualidade, dentre outros assuntos ligados a questões sexuais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, percebe-se que os movimentos sociais feministas obtiveram grandes conquistas, e que atualmente encontram-se em plena atividade, na busca incessante de conquistar um tratamento igualitário e justo para ambos os sexos na sociedade, deixando de lado o estigma criado culturalmente de que a mulher é "o sexo frágil".

## REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira e PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

AUAD, Daniela. **Feminismo: que história é essa?**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo sexo: 1. Mitos e verdades**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1980.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo sexo: 2. A experiência vivida**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1980.

BEDIN, Gilmar Antônio; CITTADINO, Gisele Guimarães; ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **PODER, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO NO ESATDO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/w8299187/ARu8H4M8AmpZn w1Z.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 ago. 2016.

COSTA, Suely Gomes. **Onda, rizoma e sororidade como metáforas: representações de mulheres e dos feminismos**. Revista INTER Thesis, Florianópolis, vol. 6, nº 2, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2009v6n2p1/11901>>. Acesso em: 16 ago. 2016.



GOMES, Carla; SORJ, Bila. **Corpo, geração e identidade: a Marcha das vadias no Brasil.** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922014000200007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200007)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. **A construção da equidade nas relações de gênero e o movimento feminista no Brasil: avanços e desafios.** Cadernos de Direito. Piracicaba, 2010.

PEDRO, Joana Maria. **Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v24n1/a04v24n1.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Feminismo, história e poder.** Revista de Sociologia e Política, Curitiba, vol. 18, n. 36, Jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

TAPIOCA NETO, Renato Drummond. **A Trajetória do Movimento Feminista.** Disponível em: <<https://rainhastragicas.com/2012/12/18/a-trajetoria-do-movimento-feminista/>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

## **IDENTIDADE FEMININA E RECONHECIMENTO SOCIAL<sup>1</sup>**

*Thaís Kerber De Marco<sup>2</sup>  
Robson Esequiel Teichmann<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

Diante de tantas desigualdades relacionadas ao gênero, faz-se necessário e atual analisar e discutir aspectos da identidade feminina, bem como ocorre e seu reconhecimento como sujeitos de direitos e igualdades sociais na atual sociedade multicultural. Ao questionar sobre as relações de gênero, aos direitos da mulher, diante do que era possível analisar a tempos atrás, pode-se falar em muitas conquistas em relação à proteção e a efetivação da dignidade humana e dos direitos humanos das mulheres. A metodologia utilizada nesta pesquisa é o estudo hipotético dedutivo com a pesquisa em fontes primárias e secundária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Identidade; Gênero; Sociedades Multiculturais.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

As relações humanas, atualmente, encontram-se desequilibradas, tanto em âmbito econômico e social quanto nas relações de gênero e questões raciais. É por tais motivos que, questões identitárias suscitam relevantes discussões e questionamentos, e nesse sentido, para que possa ser possível abordar o tema desigualdades e discriminação, é necessário lançar um olhar a respeito das questões identitárias que permeiam o assunto.

Falar de reconhecimento da identidade feminina é tratar de tema que dispõe de constantes injustiças sofridas e, que, atualmente detém de uma proteção igualitária de direitos fundamentais dispostos no ordenamento jurídico, mas que, em muitos casos, tais direitos são violados e desprotegidos, estando apenas positivados, mas não assegurados pela ordem constitucional.

A identidade e a diferença constituem-se características das sociedades multiculturais e fazem parte do reconhecimento social da mulher, que durante longos tempos, foi desprezada e reconhecida como sendo um ser inferior e

---

<sup>1</sup> Tema vinculado a Linha de Pesquisa I *Direito e Multiculturalismo* do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* - Mestrado em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo – RS.

<sup>2</sup> Professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo – RS e Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Vinculada a linha de Pesquisa *Direito e Multiculturalismo*, ao Projeto de Pesquisa *Multiculturalismo, Direitos Humanos e Cidadania*, e ao Grupo de Pesquisa *Novos Direitos na Sociedade Globalizada*, do Programa de Pós-Graduação- Mestrado em direito, URI, Campus Santo Ângelo. E-mail: thaiskerber@hotmail.com

<sup>3</sup> Advogado. Pós Graduado em Direito e Processo Civil pela Universidade de Cruz Alta-UNICRUZ, 2014. Graduado pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Campus de Santo Ângelo. E-mail: robsonteich@hotmail.com

totalmente refém de uma cultura extremamente machista. Ainda se pode observar um meio social de discriminação e cultura patriarcal, porém, o que é ressaltado com o presente estudo é como as questões que dizem respeito a direitos da mulher contemporânea obtiveram avanços que trouxeram benefícios a vida social da mulher e à identidade feminina.

## **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada nesta pesquisa é o estudo hipotético dedutivo com a pesquisa em fontes primárias e secundária.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

As diferenças sociais ou culturais são questões que merecem grande relevância em sociedades multiculturais. A humanidade é composta atualmente por uma diversidade cultural, em que diferenças de gêneros, raciais, sociais, étnicas destacam-se, cada vez mais, em questões pertinentes ao Estado Social de Direito, que observa a igualdade como sendo um direito fundamental.

O papel social da mulher, bem como seus direitos, possuem um histórico de negação da igualdade. A própria identidade das mulheres era desprezada e considera inferior, sendo que, as mesmas eram consideradas incapazes de obter direitos de cidadania e possuírem a sua própria identidade, pois eram reconhecidas como um objeto que era dominado pelo ser masculino, e suas funções eram intercaladas em torno de afazeres domésticos, sendo que eram consideradas impedidas de exercer qualquer atividade social, que para nós atualmente são considerados direitos de cidadania.

Durante muito tempo, a mulher não obteve reconhecimento social e era menosprezada como ser humano. Em sociedades patriarcais as mesmas eram caracterizadas como seres inferiores e incapazes, e assim eram levadas a pensar sobre si e, essa inferioridade passava a compor a identidade da mulher, que, quando disposta a determinadas situações ela própria sentia-se inabilitada para exercer a sua própria identidade de mulher e ser humano (TAYLOR, 1994, p. 46).

Igualdade, reconhecimento e identidade são temas centrais que delineiam as sociedades multiculturais e que são considerados de grande importância em que juntamente com o conceito de dignidade humana formam um conjunto de discussões pertinentes contendo as mais variadas problemáticas trazidas pela sociedade moderna, tais como as questões de gênero referente aos direitos humanos da mulher.

A sociedade moderna é composta por diversas identidades, que necessitam umas das outras para obter reconhecimento social e, assim formarem as características elementares de construção identitária. A identidade é indispensável ao tratar-se do multiculturalismo, em que pese, a diferença e o reconhecimento social serem elementos essenciais no estudo e nas discussões das culturas, como também dos diferentes povos que o multiculturalismo defende (HALL, 2005, p. 27).

O processo pelo qual a identidade passa é a identificação com os outros, seja pela diferença cultural, racial, econômica, de gênero, pelo modo de ser, de se vestir, seja pela similaridade que determinadas pessoas possuem em comum. Todas essas questões proporcionam um molde à identidade, possibilitando a opção de escolha das várias identidades e a definição de quais serão incluídas e excluídas no modo de ser de cada um (WOODWARD, 2000, p. 18).

Conforme Touraine *apud* Maders “[...] o multiculturalismo pressupõe respeito às diferentes expressões culturais a partir de um esforço para reconhecer o outro. Ele busca a comunicação e integração parcial entre um conjunto de culturas separadas” (TOURAINÉ, *apud* MADERS, 2012, p. 33).

Tratando de igualdade e gênero, importante destacar Taylor quando refere que:

A democracia introduziu a política de reconhecimento igualitário, que tem assumido várias formas ao longo dos anos, e que regressou agora sob a forma de exigências de um estatuto igual para as diversas culturas e para os sexos (TAYLOR, in TAYLOR, 1994, p. 48).

Cabe destacar que o Estado de Direito deve garantir e assegurar o reconhecimento da dignidade humana, prescrita como fundamento de validade de toda a ordem jurídica e da mesma forma proteger os Direitos Humanos que são inerentes a todo e qualquer ser humano, não interessando sua origem, raça, cor, etnia, sexo e muito menos o gênero.

A dignidade da pessoa humana deve ser garantida, protegida e respeitada pelo Estado e pelos cidadãos que nele residem. Vem disposta na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental e é inerente a toda e qualquer pessoa humana.

Nesse sentido, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62).

Falar em Direitos Humanos é referir-se a lutas que foram conquistadas em prol da não discriminação e indiferença, em que pese ocorrer violação ao valor dignidade inerente a todo e qualquer ser humano. Tais lutas foram travadas em busca de garantir direitos mínimos inerentes a humanidade. E quanto aos direitos da mulher, conforme destaca Piovesan, respeitar as diferenças e a diversidade é assegurar a igualdade, tendo em vista que, apesar de todo o progresso ocorrido em relação aos direitos humanos da mulher ainda

hoje percebem-se diferenças em relação ao gênero, em que pese a mulher sofrer desigualdades em questões sociais, trabalhistas, políticas e familiares (PIOVESAN, 2009, p. 208-209).

Pérez Luño define os Direitos Humanos como sendo fundamentos que devem ser preservados pelos Estados e garantidos por seus ordenamentos jurídicos, tanto nacional quanto internacionalmente, em que pese à garantia da liberdade, da igualdade e da dignidade humana (LUÑO *apud* SILVA, 2008, p. 178).

O Estado de Direito deve proteger e assegurar os Direitos Humanos que são inerentes a todo e qualquer ser humano, não interessando sua origem, raça, cor etnia, sexo. Preservar a dignidade da pessoa humana é fundamento de validade que uma sociedade de direito deve garantir para que seja possível manter a ordem social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discutir, atualmente, sobre questões que envolvem relações humanas, não é nada fácil, pelo fato de que estas, apesar de todos os avanços ocorridos no sentido de dirimir as desigualdades sociais, encontram-se cada vez mais difíceis de serem analisadas e compreendidas, tanto em âmbito econômico e social quanto nas relações de gênero e raciais. Apesar de ainda hoje existir desigualdades, ainda mais difícil seria se não tivéssemos todos os avanços ocorridos em relação à mulher ao longo dos tempos.

É por tais motivos que tratar do reconhecimento da mulher em sociedades multiculturais é um assunto que suscita relevantes discussões e abordagens, tendo em vista ser um tema que dispõe de constantes injustiças sofridas por seres humanos, no caso, mulheres, que a princípio detêm proteção igualitária a direitos fundamentais, porém que, ainda necessitam de ações e medidas que assegurem igualdade de direitos e reconhecimento social, diante de uma sociedade que por diversas vezes se mostra machista e preconceituosa.

Por fim, cabe ressaltar, a importância que as ações Estatais, através das políticas públicas, dispõem no sentido de propor igualdade de direitos perante a mulher. É através desses mecanismos de cidadania que é possível, dirimir de forma gradual toda a cultura machista que muitos indivíduos, se não a maioria da população, ainda hoje, conserva.

Considerar a Dignidade Humana é condição elementar para preservação e respeito dos direitos humanos em sociedades multiculturais. Atentar para o ser humano como detentor de dignidade é respeitar a diferença, reconhecer sua identidade e seus valores como indivíduo.

## REFERÊNCIAS

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.





PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. O que é isto – o Multiculturalismo?. In: **Multiculturalismo e Direito**. MADERS, Angelita Maria. LOCATELLI, Liliانا; ANGELIN, Rosângela. Santo Ângelo: FuRI, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>**

*Victória Karoline Da Luz Silveira<sup>2</sup>  
Milani Bieger Dresch<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

Para o surgimento dos direitos fundamentais apontamos três elementos essenciais: Estado, Individuo e Texto normativo que regule a relação entre estado e individuo. A partir disso, analisamos a evolução histórica do direitos fundamentais com base na evolução da própria sociedade. Inicialmente, surgem os Direitos do Homem, primordiais para a consagração de outros direitos. O Estado Absoluto evolui para o Estado Social democrático de direito. O lema da revolução francesa Liberdade, Igualdade, Fraternidade consagra os princípios que orientam os direitos fundamentais. A Revolução Burguesa abre caminhos para a Primeira Geração/ Dimensão de direitos com base na liberdade desenvolvendo Direitos Cíveis e Políticos. Por conseguinte, a Revolução Industrial como marco inicial para a Segunda Geração de direitos promovendo Direitos Sociais, Econômicos e Políticos e adiante com o fim da Segunda Guerra Mundial houve necessidade de Direitos a Paz, ao Desenvolvimento, ao Meio ambiente compondo estes a Terceira Geração dos Direitos Fundamentais. Há autores que defendem direitos de Quarta, Quinta, Sexta e até Sétima Gerações, acreditando que a cada inovação social surgem novos direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; Estado; Gerações; Revoluções; Sociedade.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Os direitos fundamentais são valores que o povo, na função de poder constituinte reconheceu como direitos essenciais e merecedores de proteção para uma vida digna em sociedade. Estes, possuem um aspecto ético/material que visam proteger a dignidade humana e um aspecto normativo/formal que se dá pela positivação constitucional de determinado Estado Democrático de Direito.

Identificamos um direito fundamental analisando a integração dos elementos básicos: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia formando assim um conceito.

---

<sup>1</sup> Tema abordado no resumo expandido

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito na Universidade Regional Integrada Do Alto Do Uruguai e Das Missões – URI, Campus Santo Ângelo.

<sup>3</sup> Acadêmica do curso de Direito na Universidade Regional Integrada Do Alto Do Uruguai e Das Missões – URI, Campus Santo Ângelo.

## **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada nesta pesquisa abrange a pesquisa bibliográfica; envolvendo uma abordagem socio-histórica.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

### **DIREITOS DO HOMEM: PRIMORDIAIS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos do homem surgiram com a sociedade. São valores que dão dignidade à pessoa humana pelo simples fato de ser. Juntamente com as primeiras civilizações surgiram também justiça, liberdade, igualdade, solidariedade.

Lembramos aqui do Código de Hamurabi, 1800 a.C., na Mesopotâmia, que impôs regras como a do “olho por olho, dente por dente”, com objetivo de evitar a opressão dos fracos e propiciar o bem-estar do povo, o que se identifica com os objetivos dos direitos do homem.

As correntes religiosas e códigos morais da época pregam a paz, o respeito ao próximo, o respeito à vida, a fraternidade etc., valores que estão na base da noção de dignidade humana.

A famosa Magna Carta de João Sem-Terra, 1215, o documento que deu origem aos direitos fundamentais, já discorria em seu texto sobre liberdade, hoje matéria de direitos fundamentais.

## **ESTADO ABSOLUTO**

Os direitos fundamentais foram criados, com o objetivo de limitar do poder estatal, evitando abuso e assegurar aos indivíduos mais autonomia e liberdade.

Thomas Hobbes e *Leviatã*, 1651. Ficou conhecido pela frase “o homem é o lobo do homem”. O homem assim seria egoísta e ambicioso, e tinha um desejo imenso de poder. Deviria então, existir uma autoridade para organizar a sociedade, se não ocorreria uma guerra de todos contra todos. Essa autoridade seria o soberano, com poder absoluto, ele podia tudo e somente prestava contas a Deus, era um poder sem limites. Esse era o Estado absoluto, modelo que se destacaram durante os séculos XV a XVIII.

Os direitos fundamentais surgem para limitador o poder estatal, pressupõem-se um Estado limitado, e que tenha preocupações com o bem comum. Portanto, um avanço no reconhecimento dos direitos fundamentais foi o surgimento do Estado democrático de direito.

## **ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

De acordo com Locke, “Os homens são por sua natureza livres, iguais e independentes, e se uniram para formar uma sociedade, para isso abriram mão de parte de sua liberdade ao se sujeitar as leis. As leis, seriam então criadas pelos próprios membros da sociedade.

Surge a ideia primordial da separação dos poderes como sistema de freios e contra pesos para que não haja abuso de poder e opressão.

O Estado, deve então, buscar o bem comum, citamos Jean-Jacques Rousseau, no seu *Contrato social* (1757/1762). “É o governo do povo, pelo povo e para o povo”. O Estado democrático de direito, é o modelo político adotado pela maioria dos países e é o único que permite a mudança social sem violência.

## **AS “GERAÇÕES/ DIMENSÕES” DOS DIREITOS**

Os direitos fundamentais surgem junto com Estado democrático de direito, e abre espaço para o povo nas decisões políticas como forma de limitar do poder estatal. O conteúdo dos Direitos Fundamentais vive em constante modificação, pois conforme a sociedade sofre transformações, o mesmo ocorre com os direitos.

A teoria das gerações dos direitos foi inspirada pelo lema da Revolução Francesa:

A primeira geração dos direitos: Direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade, que tiveram origem com as revoluções burguesas;

A segunda geração: Direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade, impulsionada pela Revolução Industrial.

A terceira geração: Direitos de solidariedade, ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, visando fraternidade, ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, e após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

## **PRIMEIRA GERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O Estado absoluto não dava espaço para a sociedade, não havia tolerância religiosa, e o pensamento também não era livre. Quem tentasse se impor era condenado, com penas cruéis e desumanas. Não se tinha direito de participar das tomadas de decisões. As leis eram feitas pelo soberano, que também não era escolhido pelo povo. A sociedade não estava satisfeita com essa opressão. As revoltas não demoraram para aparecer.

Lembramos aqui que comércio internacional fez com que a burguesia passasse a desempenhar um papel econômico de destaque. Sendo assim, passou a exigir maior participação na condução dos negócios públicos. As revoluções liberais ou burguesas fizeram com que o Estado absoluto cedesse lugar ao Estado democrático de direito.

Os direitos protegidos primeiramente foram os direitos de liberdade: liberdade de reunião, liberdade de expressão, liberdade comercial, liberdade de profissão, liberdade religiosa etc. Além dos direitos de liberdade, os direitos políticos ganharam espaço, permitindo a participação do povo na tomada das decisões políticas, através do direito de voto, do direito de crítica, entre outros. Esses ficaram conhecidos como conhecidos direitos de primeira geração.

Porém, o direito não atingia a todos. Os setores mais carentes da sociedade, ainda não estavam satisfeitos, pois a igualdade era formal. Queriam eles, mais igualdade e inclusão social. Motivo dos direitos de segunda geração.

## **SEGUNDA GERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

No século XIX houve a Revolução Industrial, resultante do desenvolvimento de técnicas de produção que proporcionaram um grande crescimento econômico. Porém, os trabalhadores viviam em condições deploráveis. Não havendo limitação para jornada de trabalho, salário mínimo, férias, e nem descanso regular. A industrialização trouxe também, muitos problemas sociais, a maioria da população passava fome e estava excluída das vantagens estatais usufruídas pela burguesia.

O Estado já não era mais capaz de garantir a harmonia social, e as classes operárias, que se organizadas em grupos começavam as primeiras reivindicações defendendo melhores condições de trabalho.

Assim nasce o Estado do bem-estar social que compromete-se a promover maior igualdade social e a garantir as condições básicas para uma vida digna. Os direitos dão maior segurança aos trabalhadores, além de garantia de recebimento de salário mínimo, o direito de greve e de sindicalização, o direito a férias, a limitação da jornada diária de trabalho etc. São garantidos também os direitos econômicos, sociais e culturais, ligados às necessidades básicas dos indivíduos, como alimentação, saúde, moradia, educação etc.

No Brasil, a Constituição de 1934, logo a de 1946 iniciaram formação de um Estado do bem-estar social, incluindo os direitos sociais e também os direitos ligados à proteção dos trabalhadores.

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração trazem deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, para possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e promover a dignidade para o exercício da liberdade.

## **TERCEIRA GERAÇÃO DE DIREITOS**

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, houve a necessidade da internacionalização dos direitos fundamentais. Hoje, tratados internacionais são assinados por muitos países, todos em prol da proteção de valores a respeito da dignidade da pessoa humana. Assim surgem, os direitos de terceira geração objetivando solidariedade mundial como algo para amenizar os danos gerados a partir do regime nazista.

Esses direitos visam proteger todo o gênero humano. Estão entre esses direitos o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade e o direito de comunicação. A Declaração

Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, simbolizou o nascimento de uma nova ordem mundial.

A Constituição brasileira de 1988 dispõe praticamente todos os direitos fundamentais caracterizados como de terceira geração.

### **NOVAS “GERAÇÕES”**

As novas tecnologias, o mapeamento do genoma humano, a crise ambiental, o aquecimento do planeta, o terrorismo entre outros faz surgir novas necessidades. Quer-se proteger os dados pessoais, a propriedade intelectual (direitos autorais), proteção ao patrimônio genético, entre outros.

Se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, que vão surgindo a cada inovação social com a globalização, com os avanços tecnológicos e com as descobertas da genética. Paulo Bonavides, por exemplo, defende que o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo comporiam a quarta geração dos direitos fundamentais. Mais recentemente, o mesmo professor vem defendendo a existência de uma quinta geração de direitos, que seria o direito à paz universal.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A fim de conclusões este resumo objetiva uma análise breve da Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais. Há diversos autores que possuem visões diferentes sobre o início e a progressão destes direitos, entretanto, preferimos aqueles que de certo modo facilitam o entendimento do público em geral e de maneira sucinta fazem uma viagem histórico-social destacando apenas o que para eles seria o essencial.

Os Direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ao desenvolvimento, a paz, ao meio ambiente, aos dados pessoais entre inúmeros outros que vão surgindo, precisam ser protegidos em âmbito global e assim, os Tratados Internacionais cumprem esse papel, universalizando direitos, a igualdade não apenas formal, mas material e a solidariedade. As mudanças sofridas pela sociedade, e a necessidade de tutela da dignidade humana são os principais motivos pelos quais as gerações/dimensões dos Direitos Humanos continuam se desenvolvendo.

### **REFERENCIAS**

Marmelstein, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.



PIEROTH, Bodo. **Direitos Fundamentais** - SÉRIE IDP, 1ª edição. Saraiva, 2011.

Disponível<

online:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502176485>> Acesso em: 15-09-2016.



## **INTOLERÂNCIA, FUNDAMENTALISMOS E NOVOS DOMÍNIOS DA(S) IDENTIDADES(S) NO ESPAÇO PÚBLICO BRASILEIRO**

*Celso Gabatz*<sup>1</sup>

### **RESUMO**

A lógica que configura a composição das identidades na contemporaneidade brasileira supõe uma cartografia discursiva marcada pela fragmentação das subjetividades. A intolerância e os fundamentalismos se articulam e amoldam, em grande medida, com base em um discurso acusatório que deriva dessa sua capacidade de tocar, atingir, incorporar e reorientar alguns elementos presentes no universo simbólico de referência da população brasileira. Esta abordagem pretende aprofundar a perspectiva dos direitos humanos, as questões inerentes às minorias e grupos vulneráveis, o preconceito suscitado pela violência simbólica e a retórica do preconceito alicerçado pela crítica pública com nuances fundamentalistas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fundamentalismos; Intolerâncias; Identidades.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O debate acerca das identidades na sociedade brasileira contemporânea vem consolidando a interação e o protagonismo de diversos sujeitos. Esta perspectiva sugere a ampliação do diálogo no sentido de repensar valores, posicionamentos e atitudes. A regulação das identidades pelas diretrizes religiosas fundamentalistas, por exemplo, implica na recusa de modelos igualitários de gênero, exacerba a difusão de uma mensagem sexista e emoldura visões estigmatizadas. É importante compreender os sentidos da rejeição de políticas inclusivas e as reivindicações por direitos das minorias, para perceber os dilemas e incoerências que conectam homofobia, convenções e valores sociais e religiosos. Os desafios, demandas e possibilidades dos dias atuais, reforçam a articulação de grupos “conservadores” que embasam as suas ações sublinhadas pelo entendimento de que a modernidade fez emergir a decadência moral, social, cultural e política. Esta decadência estaria diretamente ligada a um “liberalismo teológico” dos movimentos de esquerda, a suposta subversão promovida pelo feminismo, o crescimento da “libertinagem sexual”, a ameaça das fações políticas “comunistas”, o afrouxamento das autoridades, das leis, punição a infratores e o aumento da criminalidade.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em História pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Pós-Graduado em Ciência da Religião e Docência no Ensino Superior. Graduado em Sociologia (UNIJUI). Graduado em Teologia (EST). Graduado em Filosofia (CEUCLAR). Pesquisador da CAPES. E-mail: [gabatz12@hotmail.com](mailto:gabatz12@hotmail.com)





## **METODOLOGIA**

Será utilizada documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias, tais como: publicações em revistas especializadas na área da pesquisa, livros, periódicos e documentos. Esta abordagem hermenêutica consiste em esclarecer sentidos e significados que possam auxiliar no entendimento de questões essenciais no tocante aos fundamentalismos, a intolerância, poder, persuasão e novos domínios das identidades na esfera pública brasileira.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Se ao longo da história houve diversos movimentos importantes pela produção de novos valores, por mudanças de mentalidade, influenciando a transformação das instituições e reordenando a vida social (CASTELLS, 2013), contraditoriamente, o ativismo conservador busca a manutenção de condutas, valendo-se da autonomia de comunicação que a sociedade em rede permite. De acordo com Boaventura de Sousa Santos (2014), para além do uso das redes móveis para coordenar ações, outro componente do processo comunicativo é a construção de um espaço público no espaço urbano. Algo que é perseguido pelos coletivos religiosos, que ocupam postos e lugares simbólicos, conseguindo colocar contingentes substanciais em protestos nas ruas e conquistando a adesão para suas comunidades mesmo de quem não tem filiação religiosa.

Ao se opor a leis que incidam sobre a discriminação de pessoas em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero, os argumentos utilizados são diretamente derivados de uma determinada leitura bíblica e da moral eclesial. Não há uma preocupação em sustentar estas posições em termos laicos ou universalizáveis para o conjunto da população que não compartilha das mesmas premissas (MACHADO, 2012). É salutar compreender com maior perspicácia se argumentos do âmbito pessoal deveriam ser considerados de forma tão incisiva para a consolidação de direitos. Cabe observar que a moral de uma sociedade democrática deveria ser crítica e não estar apenas apoiada em determinadas tradições, ainda que majoritárias. Como indicado por Roger Raupp Rios:

A convicção religiosa alheia, não pode, portanto, privar de direitos um grupo social que não se recusa a cumprir os deveres gerais da cidadania. Além de serem livres para crer, os cidadãos brasileiros são livres para não serem privados de direitos por grupos religiosos terem feito leis fundadas em suas convicções religiosas. Dizer, portanto, que não se estendem a certos grupos (como gays e lésbicas) direitos que existem para outros pela “índole religiosa” da maioria ou pelo “direito natural” de caráter revelado ou pseudocientífico (...) é contrariar diretamente o direito constitucional (RIOS, 2011, p.39).

Interessante perceber que o ideal buscado por algumas lideranças religiosas é a representação do cristão combativo, cuja vida deve ser um testemunho para a sociedade. Este não deveria dobrar-se às tentações do mundo e aos “modismos”. Uma religiosidade guerreira e combativa que cria uma contracultura não utópica



para opor-se à sociedade secular (ARMSTRONG, 2001, p. 9-17). É inequívoca a posição assumida no sentido de aceitar, acolher e amar para tentar “corrigir”, “reorientar”, “ajustar”. A proposta é “curar” segundo determinados “valores” e “verdades”. Trata-se de uma visão tutelar, de correção moral (FOUCAULT, 1988). Sustentando a ideia de que assim como o fenômeno da delinquência atenta e prejudica a sociedade, os homossexuais, por exemplo, sendo um fato social, existem, mas precisam ser corrigidos para que não causem dano ou mal a família, aos bons costumes, a ordem religiosa.

A suposta piedade e compreensão amorosa acabam sendo, com efeito, mais estratégias retóricas para a normatização pastoral e sexual. São aludidas de forma contínua e abundante diversas questões inerentes a concepções de gênero, família e sexualidade que acabam não sendo amparadas do ponto de vista do conhecimento científico e também no âmbito da vivência social, dadas as transformações culturais, sociais, jurídicas e históricas das últimas décadas (GIDDENS, 1993). De acordo com Pierre Bourdieu (1998), a religião forneceria justificativas para a existência humana por produzir um sentido para a vida. Mas esse sentido, necessariamente, precisaria estar contextualizado. Isto porque a produção operada na religião só é considerada pela sociedade ao desempenhar um papel significativo e estruturante, aceito ou admitido por determinado grupo.

Zygmunt Bauman mostra que “o fascínio do fundamentalismo provém de sua promessa de emancipar os convertidos das agonias da escolha” (1998, p. 228). Segundo o autor, o fundamentalismo tornou-se um remédio radical contra o veneno da sociedade de consumo. É possível afirmar que os indivíduos encontram respostas para um resgate de valores das tradições ancestrais; algo capaz de fornecer sentido à vida e propiciar uma sensação de controle sobre a incessante chegada do novo. O grande desafio que se impõe é o de valorização da autonomia diante do reconhecimento de que os indivíduos não possuem as mesmas condições para acessar e exercer os direitos, pois são condicionados por processos históricos de opressão, discriminação, dominação e exploração, moldados por diversas questões de ordem cultural, étnica e religiosa (LE GOFF, 1995). Compete ao Estado e, portanto, às instituições do Poder Público, a garantia para que todas as pessoas possam exercer livremente seus direitos situados no marco normativo político e conceitual dos direitos humanos.

O filósofo e sociólogo alemão, Jürgen Habermas, conhecido pela defesa das teorias da racionalidade comunicativa e da esfera pública, reitera que na sociedade contemporânea o Estado regido pelo constitucionalismo democrático deveria garantir a sua sustentação com base na participação simétrica dos indivíduos enquanto atores e, ao mesmo tempo, destinatários das leis. Refere que os resultados da participação política deveriam ser aceitáveis pelo conjunto dos cidadãos e cidadãs.

O procedimento democrático extrai sua força geradora da legitimação de dois componentes, a saber: da participação política simétrica dos cidadãos, a qual garante aos destinatários das leis a possibilidade de se entenderem, ao mesmo tempo, como autores; e da dimensão epistemológica de certas



formas de uma disputa guiada discursivamente, as quais fundamentam a suposição de que os resultados são aceitáveis em termos racionais. As expectativas e os modos de pensar e de se comportar dos cidadãos, que não podem ser simplesmente impostas mediante o direito, podem ser, no entanto, explicitadas a partir desses dois componentes da legitimação. As condições para uma participação bem-sucedida na prática comum de autodeterminação definem o papel do cidadão no Estado: os cidadãos devem respeitar-se reciprocamente como membros de sua respectiva comunidade política dotados de iguais direitos, apesar de seu dissenso em questões envolvendo convicções religiosas e visões de mundo (HABERMAS, 2007, p. 136).

A articulação de grupos fundamentalistas nos últimos anos é uma referência imprescindível para compreender os contornos das identidades na perspectiva dos direitos. A multiplicação dos espaços de atividades religiosas, o espetáculo das massas, a penetração de agentes religiosos em todos os níveis do estado, acabou por criar novas demandas em relação à força persuasiva da imagem do Brasil como nação católica, além de conferir novos instrumentos de poder e de influência na formação da opinião pública, modificando a percepção sobre o que corresponde ao interesse coletivo (SANTOS, 2003).

A realidade brasileira contemporânea tem repercutido inúmeras situações marcadas pelos dilemas das diferenças. O aparecimento de reivindicações com base na diferença traz à tona uma reflexão e uma disputa, muitas vezes veemente, sobre o lugar, os direitos, as representações, a vez e a voz das minorias. A diferença não pode ser compreendida apenas como conceito filosófico ou semântico (SEMPRINI, 1999, p.11). A diferença é antes de tudo uma realidade concreta, um processo humano e social que insere os indivíduos em suas práticas cotidianas a partir de um processo histórico. É, pois, necessário pensar, entender, refletir a partir da diferença assumindo uma nova postura.

O indivíduo ou o grupo não são sujeitos quando pairam sobranceiros acima das condutas práticas. O sujeito é mais forte e mais consciente de si mesmo quando se defende contra ataques que ameaçam sua autonomia e sua capacidade de perceber-se para reconhecer-se e ser reconhecido como tal [...]. O sujeito não é apenas aquele que diz eu, mas aquele que tem a consciência de seu direito de dizer eu. É por isso que a história social é dominada pela reivindicação de direitos: direitos cívicos, direitos sociais, direitos culturais, cujo reconhecimento é exigido hoje de maneira tão premente que constituem campo mais delicado no mundo em que vivemos (TOURAINÉ, 2006, p. 112-113).

A consolidação de parâmetros para uma convivência que motive a pensar na perspectiva da inclusão remete para o exercício da compreensão e do respeito mútuo. Se a convivência se encontra centrada na dominação cultural de um grupo ou de uma corrente ideológica, será preciso perceber caminhos que permitam o reconhecimento da alteridade e o direito à diferença dos grupos que se sentem excluídos do processo social. Ao se defender a existência de uma verdade imposta a toda coletividade mesmo sabendo que existem direitos absolutos, princípios jurídicos muito relevantes são desconsiderados. (EMMERICK, 2013, p. 278-279). Os



direitos somente podem ser garantidos com a proibição de imposições de moralidades hegemônicas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, nos últimos anos, vive-se um momento de redefinição e reformulação da agenda de direitos humanos, em que são incorporados temas como os direitos econômicos, sociais e culturais, ao lado dos tradicionais direitos civis e políticos. Neste cenário, com base nos parâmetros internacionais e constitucionais, é imprescindível atentar para extremismos religiosos que subjagam a tolerância, limitam o diálogo e descaracterizam o mútuo aprendizado entre os diversos protagonistas. O fundamentalismo e a intolerância religiosa fortalecem-se quando operam discursos baseados em valores que realçam táticas plurais de desqualificação e controle. Esta retórica não se manifesta somente nas percepções e juízos morais, mas envolve formas de atuação em oposição à visibilidade e reconhecimento de minorias, tanto na esfera pública como privada.

É preciso reconhecer que um mercado religioso, como no caso brasileiro, tem impactado no recrudescimento das disputas que opõe denominações com desdobramentos na esfera pública, especialmente na arena política e na mídia eletrônica. A prerrogativa constitucional apesar de balizar a atuação política de grupos religiosos, ao que parece, não dispõe ainda de grandes artifícios jurídicos ou políticos para auxiliar nos processos de consolidação da diversidade. Para não ser subjogado pela retórica do preconceito e a violência simbólica, é necessário exercitar a crítica pública. É com ela que talvez seja possível encontrar caminhos para vivenciar a alteridade, a consciência de direitos humanos, a tolerância, o entendimento e a convivência mais fraterna em uma esfera pública ainda muito refratária ao preconceito.

## REFERÊNCIAS

ARMSTRONG, Karen. **Em nome de Deus** – o fundamentalismo no Judaísmo, no Cristianismo e no Islamismo. São Paulo: Companhia da Letras.

BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo, Perspectiva: 1998.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. São Paulo: Zahar, 2013.

EMMERICK, Rulian. **Religião e Direitos Reprodutivos**. O Aborto como Campo de Disputa Política e Religiosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.



FOUCAULT, Michael. **História da Sexualidade I: A vontade de saber.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GIDDENS, Anthony. **A Transformação da Intimidade.** Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: UNESP, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo e Religião:** Estudos Filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

LE GOFF, Jacques. **O Nascimento do Purgatório.** Lisboa: Editorial Estampa, 1995.

MACHADO, Maria das Dores Campos. Aborto e Ativismo religioso nas eleições de 2010. **Revista Brasileira de Ciências Política** 7, 2012. p. 25-37.

RIOS, Roger Raupp.; GOLIN, C.; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Homossexualidade e Direitos Sexuais:** Reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.) **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. **Se Deus fosse um Ativista dos Direitos Humanos.** São Paulo: Cortez, 2014.

SEMPRINI, Andréa. **Multiculturalismo.** Bauru: EDUSC, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006.



## **AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PROCEDIMENTO (IN)EXPLORADO PELOS MUNICÍPIOS**

*Jaime Roberto Amaral dos Santos<sup>1</sup>  
Miriane Maria Willers<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho vincula-se a linha de pesquisa Políticas de cidadania e resolução de conflitos do PPG (Mestrado e Doutorado) em Direito da URI *campus* de Santo Ângelo (RS), e tem o intuito de analisar a atuação dos entes públicos quanto a recepção da Lei 13.140/2015 – Lei da Mediação e do Novo Código de Processo Civil, que trazem a Mediação como inovação para tratamento e resolução dos conflitos. Salienta-se que as referidas normatizações apontam a necessidade da implementação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos para dirimir as controvérsias no âmbito da Administração Pública, o que ainda não está ocorrendo, principalmente nos Municípios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autocomposição. Mediação. Conflitos. Municípios.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Os entes públicos, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, são, segundo o CNJ, os maiores demandantes de ações judiciais, figurando tanto no polo passivo como ativo. A legislação em vigor (Lei 13.140/2015 – Lei da Mediação e o Novo Código de Processo Civil) estabeleceu mecanismos de autocomposição das controvérsias envolvendo particulares e entes públicos, com o intuito, principalmente, de diminuir a judicialização de ações e a resolução pacífica de conflitos, por meio de câmaras de prevenção e resolução de conflitos.

Porém, o que se tem percebido, é que os Municípios ainda não se adequaram para essa nova realidade, o que acaba gerando um retardo quanto à mudança cultural na administração no que tange à resolução das controvérsias, tanto por parte do cidadão como da Fazenda Pública.

---

<sup>1</sup>Mestrando em Direito pelo PPG (Mestrado e Doutorado) da URI Campus Santo Ângelo – RS.– Linha de pesquisa: Políticas de cidadania e resolução de conflitos. Especialista em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Anhanguera/LFG (2016). Bacharel em Direito pela URI Campus Santo Ângelo – RS (2013). Policial Militar – Instrutor do Proerd. Santo Ângelo (RS) Brasil. E-mail: jaime\_ras@yahoo.com.br.

<sup>2</sup>Advogada. Assessora Jurídica do Município de Santo Ângelo. Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada (URI) – Campus de Santo Ângelo. Pós- Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela URI – Campus de Santo Ângelo e em Docência para o Ensino Superior pelo IESA – Santo Ângelo. E-mail: mirianew@yahoo.com.br.



## **METODOLOGIA**

A metodologia que norteia a presente pesquisa é a dedutiva de abordagem, a partir da análise das normas jurídicas citadas e doutrina acerca do tema.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Sabe-se que a judicialização tem se elevado ano a ano e a Administração Pública integra parcela significativa de processos judiciais, principalmente integrando o polo passivo, movimentando a máquina estatal e onerando os cofres públicos. Diariamente o cidadão demanda contra o Poder Público, em ações indenizatórias, ações onde pretende que sejam atendidos direitos sociais básicos como disponibilização de medicamentos, exames, procedimentos cirúrgicos; vagas em escolas públicas, transporte escolar; pagamento de aluguel social, inserção em programas habitacionais, entre outros tantos direitos. Em muitas situações é possível utilizar os mecanismos de autocomposição, por meio da Mediação, em âmbito administrativo, resultando em economia e pacificação social. A solução pacífica dos conflitos vem sendo defendida desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde esta possibilidade já pode ser vislumbrada no Preâmbulo<sup>3</sup>.

Acrescenta-se que em 29 de dezembro de 2015 entrou em vigor a Lei Federal nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), e em 18 de março de 2016 a Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), este voltado, principalmente, ao estímulo ao diálogo, conseqüentemente, focando os meios alternativos de resolução dos conflitos, como a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (§ 3º, do art. 3º). Especificamente no que se refere à Administração Pública, o art. 174 dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, por meio de regulamento próprio, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Entre as atribuições destas câmaras podem ser citadas para dirimir conflitos envolvendo particulares e órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Ainda compete às câmaras a prevenção e resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particular. O acordo deverá ser reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

Também está previsto o procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação dos serviços públicos. A lei ressalva que não poderão ser apreciadas pelas câmaras as controvérsias que somente possam ser resolvidas por

---

<sup>3</sup>Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).



atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo. Verifica-se, desse modo, que há limitações à efetivação de determinados acordos.

Portanto, resta normatizado que os procedimentos de mediação e conciliação também se aplicam aos litígios públicos. Entretanto, “os limites de sua incidência estão condicionados aos limites em que é possível a autocomposição no âmbito dos interesses públicos” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, P. 297). Os autores chamam a atenção de que embora em alguns casos em que o interesse não permita autocomposição é possível o emprego das técnicas para celebração de termo de ajustamento de conduta, por exemplo, onde o objetivo é apenas a oferta de prazo para correção do comportamento ilegal – art. 5º, §6º, Lei 7.347/1985.

Sublinha-se que os Municípios deverão analisar e estabelecer o regulamento de implantação das câmaras, definindo sua composição e funcionamento. Ou seja, o ente municipal deverá legislar sobre a matéria. Estas definições apresentam relativa complexidade, visto que a novel legislação inova em relação à realidade dos Municípios, onde são poucas as experiências, senão quase inexistentes, de órgãos ou ações voltadas para conciliação e mediação. O desembargador do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, Paulo Afonso Brum Vaz, aponta algumas possibilidades sobre as câmaras:

A grande novidade fica por conta da possibilidade de essas câmaras avaliarem a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público. Isso é importante, podendo ser o embrião para as conciliações na via administrativa. Caberá às câmaras a definição das políticas conciliatórias no âmbito de suas esferas de atuação, criando condições para que matérias já pacificadas e demandas já repetitivas possam ser objetos de mediação e conciliação, prevenindo e reduzindo o número de demandas que chegam ao Poder Judiciário, inclusive por meio de conciliações e mediações coletivas (tal como prevê o parágrafo único do artigo 33). Incumbirá a tais câmaras, inclusive, definir matérias e critérios quantitativos e qualitativos para propostas a serem encaminhadas, no sentido da padronização dos acordos, criando paradigmas seguros para a atuação dos Procuradores Públicos, hoje sem muita orientação e submetidos ao voluntarismo. Está a novel disciplina na tendência que auspicia um “Direito Administrativo dúctil” (Zagrebelski e Masucci), que supera a contraposição tradicional entre a Administração Pública/cidadão e se inspira no diálogo” (2015, p.03).

De outra parte, faz-se necessário lembrar que historicamente, a conciliação e a transação na Administração Pública têm esbarrado nos Princípios da Legalidade e da Indisponibilidade dos bens públicos. Sem instrumento normativo que possibilite a realização de acordos judiciais, não há como efetivá-los na prática. No que tange ao Município, os procuradores vem adotando este agir como regra, especialmente orientados pelo Direito Administrativo. Nesse sentido Locatelli salienta que mesmo o Prefeito, como autoridade máxima do Município, necessita de autorização legislativa para certos atos administrativos, como por exemplo: o perdão de dívidas e a isenção de impostos (2012, p. 756).





São incontáveis as demandas sociais como saúde, educação, água, habitação, etc., que precisam de soluções urgentes e eficientes, e neste ponto poderia a mediação ser o caminho para a solução rápida e pacífica das controvérsias. Assim, o Estado não pode mais permanecer omissor, tão pouco ficar alheio aos procedimentos inovadores. O desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rogério Gesta Leal (2006) destaca que o Estado, muitas vezes, nega as inúmeras demandas sociais que aguardam respostas satisfativas. Ou lança essas tensões sociais na clandestinidade e na ilicitude. Cita como exemplos o parcelamento clandestino do solo urbano, a violência, os sem-teto, a prostituição, o narcotráfico.

Os operadores do Direito, especialmente aqueles que atuam no setor público, devem estar abertos a esta nova cultura de solução pacífica de conflitos no âmbito da Administração Pública, capaz de reduzir custos e oferecer celeridade na resolução dos litígios, que também deve ser de interesse público, bem como a diminuição de demandas judiciais envolvendo o ente público. Assim, é preciso que o Estado compreenda e aprenda a administrar estes conflitos: “Na medida em que o Estado não é capaz de resolver os conflitos, ele perde a sua legitimidade, ou em outros termos, a questão da legitimidade desse Estado torna-se um problema” (LEAL, 2006, p. 48).

Passados alguns meses da entrada em vigor da Lei da Mediação e do Novo Código de Processo Civil, o que se verifica é que os municípios não têm aderido à autocomposição, nem efetuado a implantação das câmaras administrativas de mediação e conciliação, conforme será demonstrado. Talvez, devido ainda aos dogmas do Direito Administrativo e também por desconhecimento dos agentes públicos acerca das vantagens destes procedimentos.

Em consulta realizada nos portais eletrônicos dos 25 municípios da Região das Missões (RS), que integram a Associação dos Municípios das Missões (AMM)<sup>4</sup> acessados por intermédio do sítio da associação, não foram encontradas normas criando as câmaras administrativas de mediação e conciliação, conforme previsto na Lei. 13.140/2015 e no atual Código de Processo Civil. Somente no Município de Bossoroca em 22 de junho de 2016, entrou em vigor a Lei Municipal 4.153, dispondo sobre conciliação, as hipóteses de acordo, transação, dispensa ou desistência recursal e de contestação, nas ações judiciais em que o Município for parte.

Aponta-se que o Estado do Rio Grande do Sul foi o pioneiro, entre os entes federados, a criar uma lei regulamentando a matéria. Por meio da Lei 14.794/2015, instituiu o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação, onde enfatiza a autocomposição como política pública permanente de Estado, com inúmeras vantagens, como o estreitamento da relação do cidadão com a Administração Pública; prevenção e solução das controvérsias administrativas e judiciais entre os cidadãos e o Estado; racionalização da judicialização de litígios envolvendo a Administração Pública Estadual Direta e Indireta; entre outras. O município de Porto Alegre também regulamentou a instituição da Central de Conciliação, com previsão de mediação, conciliação e transação administrativa, regulado pela Lei 14.794/2015.

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.ammissoes.com.br>



Na Justificativa do Executivo, que acompanhou o Projeto de Lei nº 305/2015, que originou a Lei 14.794/2015, colaciona-se o seguinte excerto, que sintetiza a importância da autocomposição na Administração Pública:

[...] A adoção crescente de instrumentos alternativos para resolução de litígios aponta para uma nova era na relação entre a Administração Pública e os cidadãos, e nos dá a segurança necessária para trilhar esse caminho de inovação, sendo certo que os frutos desse sistema reverterão em favor da sociedade gaúcha, com a redução dos litígios e a orientação da Administração Pública para um funcionamento mais racional e econômico do aparato estatal (ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, 2015)<sup>5</sup>.

A partir das inovações que estão sendo propostas pela Lei 13.140/2015 e pelo novo Código de Processo Civil, com a busca da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, trata-se de um novo paradigma a ser assimilado pelos Municípios, especialmente pela Advocacia Pública. E para isso é preciso mobilizar o Poder Judiciário, as Universidades, os gestores públicos e as entidades que representam os Municípios, como por exemplo, Federação dos Municípios do Rio Grande do Sul (FAMURS) e Confederação Nacional de Municípios (CNM), no sentido de compreenderem a importância de se instituir as câmaras de medição e iniciar a construção da mudança cultural na questão de busca pelo direito, utilizando-se dos meios alternativos de resolução de conflitos, como forma mais eficaz de solução dos conflitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema esboçado neste estudo se apresenta como uma tentativa de analisar e problematizar a questão da autocomposição no âmbito da administração pública municipal. A autocomposição implica em mudança de cultura, tanto na esfera pública quanto na sociedade.

É preciso que os Municípios estejam atentos para a lei 13.140/2015 e para o novo Código Civil. Estas duas normas propõem e incentivam a conciliação e a mediação. E a Advocacia Pública tem um papel preponderante nesta proposta inovadora e não poderá ficar alheia a estes novos instrumentos judiciais e extrajudiciais que poderão ser utilizados para prevenir e pacificar os conflitos, reduzindo as demandas judiciais e as longas discussões em juízo.

Quanto ao assunto, o Município deverá legislar, estabelecendo a composição, o funcionamento e as matérias que poderão ser objeto de apreciação nas câmaras de resolução e prevenção de conflitos, sem descuidar dos limites impostos pela Lei da Mediação, pela Constituição Federal e por outros dispositivos legais. A autocomposição não significa renegar o ordenamento jurídico e o Princípio da Legalidade, que rege a Administração Pública. Mas, sim sob o manto da lei, prevenir e solucionar o litígio, buscando sempre a pacificação social, que deve ser o fim maiúsculo do Estado.

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ProjetosdeLei.aspx>.



Ademais, a parceria e o trabalho cooperativo do Judiciário, universidades e outras instituições, além da capacitação e sensibilização dos gestores, advogados públicos e servidores será fundamental para inserir os Municípios no processo inovador.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

\_\_\_\_\_. Lei Federal Nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm).

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** 5ª ed. Brasília/DF: CNJ, 2015.

BOSSOROCA. Lei Municipal 4.153, de 22 de junho de 2016. Disponível em <http://www.bossoroca.rs.gov.br/ci/home/paginas/5>. Acesso em 23 de setembro de 2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade:** novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOCATELLI, Soraya David Monteiro. **O Município em Juízo.** In: Tratado de Direito Municipal. MARTINS, Ives Gandra da Silva & GODOY, Mayer (Coord.). Volume I. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 737-768.

MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL. 4ª ed. Ministério da Justiça. Brasil, 2013. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Manual\\_Mediacao\\_MJ\\_4ed\\_Internet.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Manual_Mediacao_MJ_4ed_Internet.pdf). Acesso em 30 ago. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 2. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro.** 16ª ed. Atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.



**IX Congresso de Multiculturalismo,  
Direitos Humanos e Cidadania**  
IV MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS

Programa de Pós-Graduação 'Stricto Sensu' em  
Direito - Mestrado e Doutorado  
Data: 3, 4 e 5 de outubro de 2016  
Local: Auditório do Prédio 13

 **URI** SANTO ÂNGELO

PORTO ALEGRE. **Lei nº 12.003, de 27 de Janeiro de 2016.** Disponível em <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/netahtml/sirel/atos/Lei%2012003>. Acesso em 23 de setembro de 2016.



## **A DIVERGÊNCIA EXISTENTE ENTRE OS ACORDOS NORMATIVOS DO TRIPS E CDB**

*Larissa Favareto dos Santos<sup>1</sup>  
Thiago Luiz Rigon de Araujo<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente estudo visa analisar o conflito entre a Convenção da Biodiversidade e o acordo TRIPS. Ambos acordos assinados pelo Brasil, cada qual com sua importância. Necessita-se de um acordo que regularize as patentes internacionais bem como a propriedade intelectual, mas, que isso não gere a degradação da biodiversidade nem afete os interesses dos países detentores da mesma. Já faz mais de uma década da assinatura de ambos, e mesmo assim o conflito permanece sem uma resposta definitiva. Busca-se com esse projeto, ampliar a discussão entre qual dos acordos traria maiores benefícios, não só aos países detentores da biodiversidade, mas também, a própria biodiversidade em si, visando sempre a sustentabilidade e a proteção da mesma.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordos Internacionais. Resolução de Conflitos. Meio Ambiente.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O Brasil contém a maior biodiversidade do planeta, cerca de 2/3 de todas as espécies se encontram aqui. A redução da mesma acarretaria em uma série de fatores, que vão da escassez de recursos até a extinção da vida. Sua conservação deve se tornar objetivo de todos os países e não apenas dos que possuem essa biodiversidade, que em geral são países em desenvolvimento, os quais não possuem recursos para uma exploração sustentável.

Existem dois acordos de âmbito internacional assinados pelo Brasil, O TRIPS e a Convenção da Diversidade Biológica. Sendo a CDB responsável por regulamentar a entrada de países desenvolvidos em países em desenvolvimento para se utilizar da biodiversidade, a qual, as fontes lucrativas advindas dessas pesquisas devem ter seu lucro dividido entre os países pesquisadores e os possuidores da biodiversidade, e estabelece que os recursos genéticos estão submetidos a legislação nacional a qual encontram-se.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da URI, Campus de Frederico Westphalen – RS, contato pelo e-mail: lari.fava01@gmail.com.

<sup>2</sup> Professor e Mestre em Direito da URI, Campus de Frederico Westphalen – RS, contato pelo e-mail: rigon@uri.edu.br



As determinações da CDB gera um conflitos entre países, por parte dos países desenvolvidos que são os principais consumidores e visam a preservação da diversidade biológica perante os países em desenvolvimento que possuem a necessidade da exploração. O conflito também decorre pelo valor que os países desenvolvidos devem pagar por suas pesquisas, ou seja, o pagamento de *royalties*.

Já o TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) é um tratado internacional que visa tutelar marcas e proteções a nomes empresariais e impedir outros do uso de produtos patenteados, tornando a propriedade intelectual obrigatória em negociações. Estabelecendo dessa forma regras mínimas de âmbito internacional no que se refere a regulamentação da propriedade intelectual.

A presença de um confronto entre a Convenção e o Acordo se dá pela falta de determinações do TRIPS. Um vez que o mesmo assegura a apropriação de agentes privados sobre recursos genéticos que passa pela ideia de soberania dos países cedida pela Convenção. O debate entre a CDB e o TRIPS deve avaliar todo o contexto histórico em que estão submetidos os países envolvidos, pois essa discussão não se submete apenas nos conflitos em seus objetivos, mas deve assegurar a sustentabilidade do planeta, que deveria ser o objetivo todos os países.

## **METODOLOGIA**

O presente estudo utiliza a metodologia dedutiva, a qual, se parte de ideias gerais para uma conclusão específica, em conjunto com pesquisas bibliográficas. Analisando dessa forma a Convenção da Diversidade Biológica e seus artigos em conflito com o Acordo TRIPS.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **1. Biodiversidade**

A biodiversidade do Brasil é espessa, sendo a maior do planeta, por dispor de um clima tropical, o que vem a facilitar a procriação. Segundo dados no Ministério do Meio Ambiente, o Brasil possui uma magnífica sociobiodiversidade, representada por mais de 200 povos indígenas e suas comunidades, que reúnem um inestimável acervo de conhecimentos tradicionais sobre a conservação da biodiversidade e suas técnicas de explorar sem danificar. Kenneth I. Taylor deixa isso claro, a respeito das florestas tropicais brasileiras:

Ainda não se sabe quão produtiva a floresta tropical pode ser ou o tamanho da população de produtores residentes que ela pode suportar. O ponto aqui é simplesmente mostrar que os indígenas que vivem na floresta e conhecem sua ecologia tão bem já demonstraram há muito tempo sua capacidade de funcionar como produtores



eficazes e valorosos de seus recursos comercializáveis. (TAYLOR, 1997, p. 182)

A diminuição da biodiversidade afeta o planeta como um todo. Sua redução acarretaria em uma série de problemas, desde a diminuição de recursos naturais até a extinção da vida

Mario A. Ramos faz jus ao comprometimento de todos na preservação da biodiversidade, dizendo que:

A preservação da diversidade biológica no mundo é um comprometimento comum entre os países ricos e pobres, e que as maiores responsabilidades recaem nas mãos dos países onde se encontram essa diversidade. [...] Matar a charada de equilibrar o desenvolvimento, a estabilidade em termos econômicos, sociais e políticos, e a conservação de seus recursos naturais, é difícil para qualquer país isoladamente." (RAMOS et al. 1997, p. 545)

A maior ameaça a biodiversidade não é algo natural, mas sim, a ação humana, que vem com o passar dos anos, desde a primeira forma de agricultura até os dias atuais, o que acarretou e acarreta na alteração de cadeias alimentares, extinção de espécies, erosão do solo e a poluição em forma geral.

## 2. Convenção da Diversidade Biológica (CDB)

A Convenção da Diversidade Biológica é o primeiro instrumento legal que assegura a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais. A qual teve a assinatura de mais que 160 países, passando a vigorar em dezembro de 1993.

A CDB se estrutura em três bases principais que são: A conservação da diversidade biológica, o uso sustentável da biodiversidade e a repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos.

Segundo os artigos da CDB, cada país tem soberania sobre os recursos genéticos existentes em seu território, assim como, o dever de preservá-los. Perante isso, é estabelecido ações que devem ser tomadas pelos países signatários com o intuito de preservar sua biodiversidade, como por exemplo, divulgar e informar a população acerca dos recursos naturais nacionais, criar leis para definir o acesso aos recursos genéticos e garantir acesso às tecnologias e o intercâmbio de informações. Porém os países que assinaram o acordo não mostram disposição política para adotar o programa de trabalho estabelecido pela Convenção, pois, ainda não está claro como a Convenção sobre a Diversidade deverá ser implementada.

Para Vinícius G. Vieira (2012) a CDB utiliza-se da técnica de *soft law*, que é uma expressão de língua inglesa utilizada no âmbito do Direito Internacional Público em referência a acordos desprotegidos de caráter jurídico para com os signatários, ou seja, facultativo. Em suas palavras: "[...] Formalmente é um tratado de Direito Internacional, mas em seu conteúdo foi



incluída a maleabilidade ou flexibilidade, mediante a estipulação de deveres abrangentes e inespecíficos aos Estados”. O que abre lacunas aos países de como se adequar a Convenção.

Neste sentido: “A CDB foi transformada em uma convenção-quadro (*framework convention*), que estabelece princípios e regras gerais, mas não estipula prazos nem obrigações específicas”. (ALBAGLI, 2006)

Para tentar suprir essa falta de normas jurídicas, a cada dois anos são realizados os encontros da Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (COP), sendo essa a instância máxima da CDB, que discute as questões relativas aos objetivos da Convenção.

### **3. Acordo Trips (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio):**

O Acordo Trips é um tratado internacional que teve como objetivo ampliar a proteção de marcas, patentes e demais formas de proteção da propriedade intelectual. Fazendo com que a propriedade intelectual seja vinculada obrigatoriamente em negociações relacionadas ao comércio. Estabelecendo então Regras internacionais quanto a regulamentação da propriedade intelectual no âmbito nacional.

A OMC (Organização Mundial do Comércio) estabelece a tipologia de propriedade intelectual, porém não possui força coercitiva, o que torna do Trips uma opção mais viável em termos de negociações.

O Brasil filiou-se ao Acordo Trips em 1994. O Brasil na prática se obrigou a essa filiação, não só o Brasil como outros países em desenvolvimento, pois os mesmos contavam com suas próprias indústrias de cópias de mercadorias, o que as tornavam mais baratas, porém, com a assinatura do acordo todos tem por obrigação seguir um conjunto de regras que visam a proteção da propriedade intelectual.

Maristela Basso (2002) analisa Acordo da seguinte forma:

O Trips representa, portanto, um documento fundamental na consolidação da proteção dos direitos de propriedade intelectual na sociedade internacional contemporânea, e a vinculação definitiva desses direitos ao comércio internacional. Com ele, as partes ganharam e perderam e os interesses contrapostos acabaram chegando ao consenso. Certamente, o texto ficou aquém das expectativas dos países desenvolvidos, que buscavam no Gatt patamares superiores de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Por outro lado, os países em desenvolvimento, que buscavam assegurar a difusão de tecnologia, destacando as assimetrias Norte-Sul, se comprometeram a implementar medidas eficazes e apropriadas para a aplicação de normas de proteção destes direitos relacionados ao comércio, na perspectiva da cooperação internacional. (BASSO, 2002, p.125)

O Trips acaba interligado ao Direito Internacional Público e o Privado. Pois assegura não só o patenteamento a nível nacional e de esferas





governamentais, mas abrange diversos países a níveis distintos, não só econômicos mas também com interesses diversos de patenteamento. Em resumo o TRIPS assegura os direitos dos titulares de patentes em nível internacional.

#### 4. Conflito entre CDB e TRIPS

O confronto entre a Convenção e o Acordo se dá principalmente pela falta de determinações do TRIPS em desacordo com a soberania dos países possuidores de recursos naturais possuem sobre os países que visam a exploração da biodiversidade, ao modo em que a CDB deixa isso expresso em seus artigos, não só a soberania dos países detentores mas também a divisão equitativa dos lucros advindos.

Para Vinícius Vieira (2012) o conflito é claramente existente:

“A CDB foi negociada e aprovada para garantir a participação nos benefícios da utilização sustentável da diversidade biológica, proteger os conhecimentos tradicionais e a preservação ecológica das espécies, e evitar ações causadoras de sua degradação. Ocorre que o TRIPS estabelece normas direcionadas a valorar a biodiversidade sob perspectiva contrária a CDB, delimitando, assim, a relação da biodiversidade com os direitos de propriedade intelectual, em âmbito internacional.” (VIEIRA, 2012, p. 21)

O TRIPS assegura a apropriação de agentes privados sobre recursos genéticos, isso passaria pela ideia de soberania dos países dada pela CDB. A própria CDB traz em seu art. 16 § 5 a existência do conflito entre a proteção a biodiversidade e a propriedade intelectual, mas assegura que os direitos de propriedade intelectual devem ser respeitados. Segue o artigo 16 § 5:

As Partes Contratantes, reconhecendo que patentes e outros direitos de propriedade intelectual podem influir na implementação desta Convenção, devem cooperar a esse respeito em conformidade com a legislação nacional e o direito internacional para garantir que esses direitos apoiem e não se oponham aos objetivos desta Convenção.

Os países em desenvolvimento se posicionam perante o conflito afirmando que ambos os acordos devem funcionar de forma a se completarem e que promovam juntos o uso sustentável de recursos genéticos. E para que isso seja feito é necessária a alteração do TRIPS, visando a complementação que ambos devem ter, em razão as lacunas que o Acordo deixa particularmente quanto a biopirataria, uma vez que, o TRIPS não garante a proteção dos direitos tradicionais.

Em contraponto os países desenvolvidos não veem a existência de um conflito entre a Convenção e o Acordo. Partindo da afirmação que eles tratam de assuntos distintos e tem objetivos diferentes.



Já do ponto de vista jurídico a existência de um conflito entre CDB e Trips é considerado como antinomia. Uma vez que a CDB quer a repartição dos benefícios entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento e o respeito à soberania dos em desenvolvimento o Trips cria obrigações para que se haja uma legislação de parâmetro internacional e não nacional contrapondo-se assim aos artigos da CDB.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate existente entre ambos acordos deve ser visto além do parâmetro jurídico, deve-se avaliar todo o contexto histórico, sociológico e econômico dos países que estão envolvidos, principalmente, os que são possuidores dessa biodiversidade, que serão os maiores atingidos por ambos os acordos. A submissão de um acordo perante a outro devem ir além de um debate de coercitividade, deve possuir como anseio principal a conservação da biodiversidade e a sustentabilidade do planeta.

A melhor forma de resolver o conflito existente é fazendo uma harmonização entre ambos, partindo do pressuposto de que, o objetivo principal seja a conservação e que isso se torne obrigação de todos os signatários e não somente dos possuidores da biodiversidade, recaindo dessa forma a maior obrigação nos países que possuem condições de arcar com tecnologias sustentáveis. Uma vez que, se torna insignificante acordos assinados parar regulamentar algo que em um futuro não tão distante sequer irá existir.

O texto do TRIPS deveria ser revisado de uma forma em que os recursos NATURAIS que se tornarem patenteáveis tenham como requisitos base a origem dos recursos genéticos utilizados com a autorização do país-provedor através de sua legislação e por final uma repartição justa e equitativo dos lucros advindos, estabelecendo com isso mecanismos que respeitem, dentro da propriedade intelectual, as populações tradicionais e seus conhecimentos.

Pode-se concluir a partir desse estudo que, o melhor a se fazer é buscar uma harmonização entre os acordos. E de fato os países se obriguem a seguir as normas propostas sem que haja lacunas que beneficie os países desenvolvidos. Uma vez que as lacunas abertas e a falta de coercitividade em conjunto com o descumprimento dos acordos desmoraliza a Diplomacia e os direitos dos países em desenvolvimento que acabam tendo seu território explorado sem receber por isso.

## REFERÊNCIAS

TAYLOR, Kenneth I. **Desmatamento e índios na Amazônia Brasileira.** In WILSON, Edward Osbone (org). Biodiversidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1997.



RAMOS, Mario A. **A conservação da biodiversidade na América Latina.** *In* WILSON, Edward Osbone (org). *Biodiversidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1997.

VIERA, Vinícios Garcia. **Direito da Biodiversidade e América Latina a Questão da Propriedade Intelectual.** Ijuí: Unijuí, 2012.

ALBAGLI, Sarita. **Convenção sobre Diversidade Biológica: Uma visão a partir do Brasil.** *In*: GARAY, Irene E.G.; BECKER, Bertha K. *As Dimensões Humanas da Biodiversidade. O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI.* Petrópolis: Vozes, 2006.

BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comercio.** 3ª Edição. São Paulo: Livraria do Advogado, 2002.



# ARTIGOS CIENTÍFICOS



## **A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NAS AÇÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO PEDIDOS RELACIONADOS À SAÚDE**

*Aline Rodrigues Maroneze<sup>1</sup>  
Sonia de Oliveira<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A Constituição Federal de 1988 em seu arcabouço legal preceitua que a saúde é um direito de todos e impõe ao Estado o dever de garantir esse direito fundamental, seja por meio de políticas públicas, seja por meio da disponibilização de recursos públicos que a financiem.

No entanto, os esforços dispendidos pelo Estado tornam-se insuficientes para garantir o acesso à saúde a todos que necessitam. Nesse diapasão o Poder Judiciário é chamado à intervir para resolver às questões referentes à saúde da população.

Ocorre que, o processo demanda certo tempo até a prolação da sentença final, tempo esse que muitas pessoas não têm, pois necessitam com urgência de medicamentos, exames, consultas e cirurgias, a fim de evitar seu agravamento de saúde, e em muitos casos a morte.

Assim, o instituto da tutela antecipada mostra-se de suma importância para viabilizar o acesso à saúde em tempo hábil, evitando o perecimento do direito, pois antecipa os efeitos de uma possível sentença procedente, obrigando os entes federados a fornecer o tratamento postulado.

Nesse sentido, o presente trabalho pauta-se no estudo conceitual e histórico da antecipação de tutela; na análise do direito fundamental à saúde a luz da Constituição Federal, e por fim, a intervenção do Poder judiciário nas causas referentes ao acesso à saúde e a possibilidade ou não do deferimento da antecipação de tutela nas ações dessa natureza.

Por fim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a forma como o Poder Judiciário está atuando na defesa do direito à saúde, mormente no que se refere à antecipação dos efeitos da tutela.

Parte-se da problemática de que, sendo a saúde um direito de todos, de que maneira o Poder Judiciário está viabilizando esse acesso, bem como quais são os requisitos exigidos para a concessão da tutela antecipada, especificamente nas ações judiciais voltadas à saúde?

Para enfrentar essa questão, faz-se primeiramente, um estudo conceitual e histórico sobre a antecipação de tutela. Em prosseguimento, analisa-se o direito fundamental à saúde à luz da legislação constitucional, e por fim, busca-se investigar a intervenção do Poder judiciário nas causas

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo. Advogada atuante na área cível.

<sup>2</sup> Mestre em Direito na PUC/PR. Especialista em Direito Criminal pela Unicuritiba. Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Uninter. Graduada em Direito pela PUC-PR. Advogada atuante nas áreas trabalhista e cível. Professora Orientadora de TCC no Centro Universitário Uninter.



referentes ao acesso à saúde e a necessidade ou não do deferimento da antecipação de tutela, bem como pesquisa-se sobre as decisões judiciais e o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça Gaúcho, em ações desta natureza.

Como metodologia utiliza-se a pesquisa bibliográfica, leitura e análise da legislação pertinente, obras doutrinárias e materiais de apoio publicados na internet.

## **2. DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

### **2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITUAL DO INSTITUTO**

Importa iniciarmos os estudos do instituto da antecipação de tutela pelo seu contexto histórico, ao passo que nem sempre existiu essa prerrogativa garantidora de direitos. Como o processo demanda certo tempo até a prolação da decisão, muitas vezes, ocorria o perecimento do direito do autor. A fim, de assegurar direitos urgentes, é que nasce o instituto da antecipação dos efeitos da tutela, visando garantir o direito, antes que esse se perca ao longo da tramitação processual.

No ano de 1994, o legislador inseriu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da antecipação de tutela através da Lei 8.952. Sua introdução no Código de Processo Civil deveu-se à preocupação com o perecimento do direito devido à lentidão para a prolação das decisões definitivas de mérito, que afetavam sobremaneira o resultado prático final do processo. Contextualizando o surgimento do instituto da antecipação de tutela, Humberto Theodoro Junior, preleciona:

De início lutava-se apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los afinal, à sentença de forma útil para os litigantes. Com essa preocupação, constituiu-se basicamente a teoria das medidas cautelares. Mas ficava fora do campo demarcado para a tutela preventiva um grande problema, que era o da demora na prestação jurisdicional satisfativa, o qual, em si mesmo, poderia configurar uma denegação de justiça, ou uma verdadeira sonegação da tutela jurisdicional assegurada entre as garantias fundamentais do moderno Estado Social de Direito. Passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário a efetiva tutela jurisdicional, providências de mérito, sem as quais a tardia solução do processo acabaria por configurar indesejável quadro de “denegação da justiça” [...] (2003, p.557)

E ainda, conforme Luiz Guilherme Marinoni, (2002, p. 26) no ano de 2002, foi dada nova redação para o instituto da antecipação da tutela, através do art. 273 do Código de Processo Civil, que sofreu modificações pautado no direito europeu, que já havia avançado acerca do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, que antecipava o provimento jurisdicional pautado em alguns requisitos, visando evitar o perecimento do direito do autor da ação.



A mudança oriunda do art. 273 do Código de Processo Civil veio com o objetivo de ser uma arma contra o perecimento do direito, pela demora na prolação da decisão final. Nesse sentido, Marinoni afirma:

O procedimento ordinário é injusto às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre seus direitos em virtude da lentidão da Justiça, abrindo mão de parcela do direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo. **A demora no processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade.** (1997, p. 20) (grifo nosso)

De outra banda, impende trazer à colação o entendimento de Didier Jr, Braga e Oliveira, sobre a antecipação da tutela:

A tutela antecipada é uma tutela jurisdicional provisória (precária e temporária), urgente (em certas situações) e fundada em cognição sumária. Satisfaz antecipadamente o direito deduzido. Prestigia os valores da efetividade e celeridade (2008, p. 616).

Do mesmo modo, Zavascki explica que antecipar a tutela “nada mais significa que antecipar providências executórias que podem decorrer de futura sentença de procedência. Efetiva-se antecipação mediante atos tipicamente executivos.” (2005, p. 71)

O doutrinador Sérgio Bermudes esclarece acerca da tutela antecipada e de sua natureza:

Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos de lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos. (1996, p. 28)

Cumprido destacar que “não se antecipa a própria tutela (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas sim, os efeitos dela provenientes” (DIDIER JR, BRAGA E OLIVEIRA, p. 617)

Ademais, imperioso trazer o que leciona Ovídio Batista da Silva, acerca do artigo 273 e da antecipação de tutela:

A análise precedente autoriza-nos a concluir que o campo de incidência das liminares antecipatórias previstas no art. 273, em sua nova redação, coincide com os *efeitos* – nunca com o conteúdo – de qualquer uma dessas três ações (declaratórias, constitutivas e condenatórias), que se caracterizam por sua natureza de efeitos *práticos*, não *normativos*, o que corresponde a afirmar que os efeitos que poderão ser antecipados serão sempre, e exclusivamente, os efeitos executivos e mandamentais, já que, como acabamos de ver,



os efeitos *normativos* da sentença (declarar e constituir) não podem ser (provisoriamente) antecipados. (2000, p. 265)

Importa mencionar sobre a conceituação da antecipação da tutela, que tem como um dos seus significados a proteção, nesse sentido, convém transcrever as palavras de Paulo Afonso Brum Vaz, que ensina:

A expressão tutela tem significado semântico, oriundo do latim, de defesa, proteção, amparo. Antecipar, do latim *antecipare*, significa fazer suceder antes do tempo próprio. A idéia é de adiantamento de algo que somente deveria ocorrer em outra oportunidade. Em linguagem jurídica, a antecipação da tutela nada mais é do que o adiantamento temporal dos efeitos executivos e mandamentais da futura decisão de mérito definitiva. (2002, p. 71)

Antes do advento da tutela antecipada a lentidão na outorga da prestação jurisdicional causava sérios transtornos e prejuízos ao autor. Por isso a afirmação de Marinoni (1997, p. 21) que a “tutela antecipada é uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo. [...] a antecipação de tutela certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar [...] a lentidão da justiça”

Marinoni e Arenhart escrevem que:

A morosidade da prestação jurisdicional, oriunda, como é sabido, das mais diversas causas, também está ligada à ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil. (2010: p. 199).

Analisando o instituto, Reis Friede, preleciona acerca da sua natureza jurídica:

A natureza jurídica do instituto da tutela antecipada (ou antecipação de tutela) no direito brasileiro, por obra do óbvio, não é diversa daquela registrada na legislação estrangeira, sendo certo de que não se trata de medida de natureza assecuratória e de índole cautelar que tenha por objeto a preservação do direito reclamado para a futura possibilidade de exercício.

Trata-se, ao contrário, de incontestada forma de provimento jurisdicional de conhecimento com cognição sumária, relativamente exauriente de cunho satisfativo do direito reclamado, ainda que com matizes de restrita provisoriedade e relativa reversibilidade. (1996, p. 46-47)

Nesse mesmo sentido, Luiz Orione Neto (2002, p. 125) aduz que “a natureza jurídica do instituto da tutela antecipatória é, portanto, sempre *satisfativa* dos efeitos da tutela veiculada no pedido inicial”. Ainda, segundo Ozires Eilel Assan (1998, p.42) “antecipar os efeitos da tutela pretendida significa antecipar as eficácias potencialmente contidas na sentença”.

Ainda, segundo Luiz Orione Neto:





As tutelas de urgência – sejam do tipo cautelar ou satisfativa – apresentam como característica comum a sumarização do procedimento. Esse recurso consiste na redução do lapso destinado ao conseqüimento da providência jurisdicional emitida em forma de liminar, *inaudita altera pars*, ou após justificação prévia, mas em qualquer caso, sempre norteadas por uma cognição sumária. (2000, p. 198-200)

Importante lembrar a observação de Dinamarco no sentido de que “a lei não fixa critérios para dimensionar a antecipação total ou parcial, nem estabelece parâmetros que devam ser respeitados para a sua aplicação” (1995, p. 140), o que sustenta a ideia de que o juiz dispõe de liberdade para escolher, dentre todos os efeitos antecipáveis, aqueles que sejam suficientes para proteger o direito que se encontre sob ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação.

Nesse norte, convém trazer a lição de Didier Jr., Braga e Oliveira sobre a tutela antecipada e o artigo 273 do Código de Processo Civil:

Enfim, o art. 273, II, consagra modalidade de tutela da lealdade e seriedade processual. Assim, mesmo que não haja urgência (em sentido estrito) no deferimento da tutela – isto é, mesmo que se possa aguardar o fim do processo para entregar à parte o bem da vida pleiteado -, quando se observar que a parte está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meios protelatórios, no intuito de retardar o andamento do processo, o juiz poderá antecipar a tutela. Trata-se de tutela antecipada que se funda apenas na evidência (probabilidade) do direito alegado. (2008, p.636).

Acerca do instituto do dano irreparável ou de difícil reparação, importa trazer os ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno, que leciona:

[...] o "dano irreparável ou de difícil reparação" pode, com perfeição, ser assimilado ao *periculum in mora*, típico e constante da tutela de urgência.

Esse "perigo na demora da prestação jurisdicional" deve ser entendido no sentido de que é fundamental para que o processo realize, em concreto, os valores que lhe são impostos pela Constituição Federal que a tutela jurisdicional seja antecipada [...] isto é, que possa o autor sentir efeitos concretos sobre a situação de lesão ou ameaça a direito que narra perante o juiz antes que seja tarde demais, antes do que, normalmente, não fosse a antecipação da tutela, sentiria. É nesse sentido que o pressuposto deve ser entendido. (Bueno, 2007: p. 42).

Dessa forma, antecipação de tutela surgiu em nosso ordenamento jurídico com o intuito de assegurar e garantir direitos urgentes, os quais poderiam perecer com a demora do processo até a prolação da decisão final, causando danos irreparáveis ao autor da ação, titular do direito. Por fim, a



antecipação de tutela veio salvaguardar direitos fundamentais, garantindo ao autor da ação a integralidade do direito postulado.

### 3. A SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS

A partir da análise do arcabouço legislativo da Constituição Federal de 1988 que partimos da premissa que a saúde é um direito fundamental do cidadão, sendo direito de todos ter garantido seu acesso.

A fim de corroborar com a afirmação supra é pertinente trazer à colação os ensinamentos de Claudio José Amaral Bahia e Ana Carolina Peduti Abujamra, que afirmam que “o primeiro conceito teórico-formal de saúde surgiu em 1946 com a Organização Mundial de Saúde, ao reconhecer a saúde como um dos direitos fundamentais de todo ser humano independentemente de sua condição social ou econômica e de sua crença religiosa ou política” (2010, p. 58).

Nesse diapasão, entre os direitos consagrados como uma das mais importantes garantias fundamentais, está o direito à saúde, que além de ser uma garantia individual, é um direito social, uma vez que figura no arcabouço legal da Carta Magna como sendo direito de todos e dever do Estado.

No caso da titularidade do direito fundamental à saúde, que corresponde à primeira parte do art. 196, atribui-se àquelas pessoas que possuem alguma doença ou mesmo às que estão sujeitas a algum fator de risco. Insta frisar que na nossa Carta Magna também consta ser a saúde no Brasil regida pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam e da descentralização da gestão administrativa.

Bahia e Abujamra ressaltam que o princípio da dignidade da pessoa humana é “um princípio fundamental do sistema constitucional brasileiro que confere racionalidade ao ordenamento jurídico e fornece ao intérprete uma pauta valorativa essencial ao correto entendimento e aplicação da norma” (2010, p.47).

Porquanto, quando a Constituição Federal preconiza que toda pessoa tem direito à saúde, referindo-se às garantias fundamentais do ser humano, está protegendo e primando pela vida e dignidade de todo cidadão.

É indiscutível que “diante da vida em sociedade, devemos pensar, também, sobre a necessidade de serem observados os deveres, pois muitas vezes o direito de certo indivíduo depende do dever do outro em não violar ou impedir a concretização do referido direito” (LENZA, 2014, p. 1.067).

Nesse passo, é de inteira responsabilidade dos entes federados o fornecimento gratuito de tratamento médico ou cirúrgico aos cidadãos, para a prevenção ou cura de doenças, conforme preconizado pelos arts. 6º, 23, inciso II, 194 e 196 da Constituição Federal.

Nesse íterim, por ser o direito à saúde um direito de todos, qualquer cidadão tem direito à tratamentos médicos condignos, por isso é facultado ao cidadão escolher entre os entes federados, responsáveis solidários no fornecimento dos meios à garantir o acesso ao direito à saúde, qual irá prestar



essa assistência. Nesse ínterim, imperioso trazer os ensinamentos de José Afonso da Silva:

[...] pelo princípio de que o direito à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais (2013, p. 311).

Por fim, não restam quaisquer dúvidas que o direito à saúde é um direito fundamental, pois reflete outro direito de suma importância em nosso ordenamento jurídico pátrio, o da vida, amplamente defendido pela nossa Constituição Federal. Quando esses direitos são negados ou ameaçados por terceiros, nasce ao titular a prerrogativa de buscar em juízo a efetividade de tudo que está previsto e garantido em lei, por meio do acesso à justiça e da prestação jurisdicional, independente de sua situação econômica.

#### **4. A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NAS AÇÕES JUDICIAIS PELA GARANTIA DA SAÚDE DO CIDADÃO**

O país enfrenta grandes dificuldades para tornar eficazes as medidas de acesso universal e igualitário da saúde à todos os cidadãos carentes de recursos, embora prevista na Constituição Federal.

As políticas públicas de saúde atuais não estão sendo suficientes para atender às necessidades da população, sendo necessária a intervenção judicial, a fim de garantir um tratamento médico digno e adequado à população carente.

No entanto no judiciário: “o processo [...] demanda tempo para ser concluído, pelo fato de se desenvolver por meio de sucessão ordenada de atos, ligados por um vínculo de instrumentalidade e todos voltados a um mesmo fim” (KLIPPEL; BASTOS, 2013, p. 1.496-1.497), no caso em voga, a aquisição dos meios de proteção necessários à saúde da população.

Os autores ainda destacam que “[...] além do tempo fisiológico do processo, observa-se uma demora patológica, excessiva, gerada por diversos fatores, que vão da falta de aparelhamento do Estado e se estendem à desmedida recorribilidade [...]” (KLIPPEL; BASTOS, 2013, p. 1.497).

Nessa perspectiva, a fim de evitar prejuízo no direito do cidadão, ou até mesmo o perecimento desse direito, é que surge a antecipação de tutela buscando dar mais eficácia e efetividade nas ações cujo provimento é urgente, como é o caso das ações judiciais na área da saúde.

Sobreleva, ressaltar a existência de alguns requisitos autorizadores, que a lei elenca para que seja deferida a tutela antecipada, com segurança para ambas as partes, conforme posicionamento de Alexandre Freitas Câmara:

Em primeiro lugar, fala a lei em “prova inequívoca”, que convença o juiz da “verossimilhança da alegação”. As duas expressões são, ao



menos aparentemente, antagônicas. Isto porque a prova inequívoca seria aquela indene de dúvidas, ou seja, capaz de formar no julgador um juízo de certeza. De outro lado, porém, afirma o texto legal bastar a verossimilhança da alegação, ou seja, bastaria que a alegação parecesse verdadeira (já que verossimilhança, como se sabe, é a aparência da verdade). A certeza, como examinado em passagem anterior desta obra, é obtida através de cognição exauriente, enquanto a verossimilhança é alcançada na cognição rarefeita. Parece-nos, pois, que ao unir estes dois conceitos radicalmente opostos, pretende a lei a afirmação de um conceito que se coloque em posição intermediária entre aqueles dois: a cognição sumária, a qual leva à formação de juízos de probabilidade. (2006, p.458)

Consoante nesta linha de pensamento, Humberto Theodoro Junior, aduz que, “é inequívoca (...) a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo”. (2010, p.674)

Assim, convém trazer os ensinamentos de Elpídio Donizetti Nunes, que leciona sobre a prova inequívoca na antecipação de tutela:

Por prova inequívoca entende-se a prova suficiente para levar o juiz a acreditar que a parte é titular do direito material disputado. Trata-se de um juízo provisório. Basta que no momento da análise do pedido de antecipação, todos os elementos converjam no sentido de aparentar a probabilidade das alegações. (p. 126, 2004)

Nesse mesmo passo, Carreira Alvim, discorre sobre o tema, no seguinte sentido:

Prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável. (p.92, 1996)

Assim, impende trazer o posicionamento de Alexandre Câmara, que leciona acerca do “*fumus boni iuris*”, que se refere à toda tutela sumária, não sendo requisito específico das medidas cautelares, nesse sentido:

[...] exige-se que a existência do direito alegado pelo demandante seja provável (o que se liga ao próprio sentido do vocábulo "provável", entendido como "aquilo que se pode provar"). Assim, sendo, conclui-se que o primeiro requisito para a concessão da tutela antecipada é a probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante. (2006, p.459)

Ocorre que contrapondo o direito à efetividade da tutela jurisdicional que busca assegurar o direito à saúde, refletindo o bem da vida, com o direito à segurança jurídica do réu, deve-se dar primazia ao direito à efetividade, já que o direito à vida se sobrepõe a qualquer outro direito ou princípio do nosso



ordenamento jurídico, sob pena do requisito da reversibilidade da tutela antecipada inutilizar sua eficácia e aplicabilidade.

Nesse ínterim, acerca dos princípios constitucionais, basilares do nosso ordenamento jurídico, convém trazer o entendimento de Bueno, que afirma:

[..]. O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela técnica processual e pelos seus aplicadores concretos é o do princípio da efetividade da jurisdição (ou do acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa), constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como todo bom princípio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa. (Bueno, 2007: p. 5).

Impende trazer à lume o entendimento jurisprudencial do nosso Emérito Tribunal de Justiça que tem se manifestado no seguinte sentido:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. QUEDA NO INTERIOR DE COLETIVO COM FRATURA. URGÊNCIA NA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA NA COLUNA. Demonstrada a necessidade da realização urgente de procedimento cirúrgico na coluna, em razão da queda sofrida no interior de coletivo, bem como existindo perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, viável é a concessão da tutela antecipada para determinar que a empresa de transporte público, responsável objetivamente, custeie a cirurgia. O perigo de irreversibilidade do provimento antecipado deve ser interpretado com a ponderação dos bens jurídicos em cotejo, diante da possibilidade de ofensa a direito fundamental (saúde). Precedentes do STJ e do TJRS. Doutrina. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70058311556, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 07/02/2014)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. FLEXIBILIZAÇÃO. É possível a flexibilização da vedação legal pelo Poder Judiciário quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, ainda que no polo passivo da ação figure a Fazenda Pública, essencialmente em casos que envolvam o direito fundamental à saúde. [...] LIMITAÇÃO DECORRENTE DE LESÃO RECONHECIDA PELA PROVA DOS AUTOS. DIREITO À LIMITAÇÃO DE SUAS FUNÇÕES. A limitação das funções tem por finalidade a adequação funcional do servidor público que, em face de condições físicas ou mentais, não possui plena capacidade para continuar exercendo as funções próprias do cargo no qual inicialmente investido. A presunção de legitimidade dos atos da administração pública constitui-se em presunção relativa que, obviamente, pode ser derruída por outros elementos constantes dos autos. E, no caso, há laudo pericial, diga-se de passagem, bem mais detalhado, atestando a incapacidade relativa da autora, ao que vão somados diversos atestados e laudos particulares que instruem a petição inicial.[...]. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045571585, Quarta Câmara Cível,



Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Julgado em 04/12/2013)

No tocante à irreversibilidade do provimento, o juiz deve prezar pelo bom senso. Ora, os fornecimentos de tratamentos médicos visam assegurar o direito à saúde, evitando consequentes problemas advindos da sua não utilização. Desse modo, Zavascki ressalta que “[...] a vedação inscrita no citado § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela” (2005, p. 100).

A reversibilidade dos efeitos da tutela também é tratado como um requisito que deve ser abrandado, uma vez que a sua exigibilidade em alguns casos, pode afrontar princípios constitucionais fundamentais.

Nesse diapasão, o entendimento majoritário da jurisprudência do Egrégio Tribunal Gaúcho, assevera que para a concessão da tutela antecipada, exige-se a possibilidade da reversibilidade dos efeitos do provimento. Contudo, esta exigência deve ser abrandada nos casos em que resta provado que o tratamento pleiteado seja imprescindível para a saúde da parte autora, o que significa que a regra não é absoluta.

Importa ressaltar os ensinamentos de Vaz sobre a irreversibilidade do provimento antecipatório:

A irreversibilidade diz respeito aos efeitos práticos do provimento, que correspondem à efetiva tutela, não a ele próprio. Assim, a reversibilidade somente é importante no *plano fático*, pois no *plano jurídico* sempre é possível a reversão, que pode ocorrer com a revogação da decisão antecipatória ou com a sentença de improcedência (2002, p. 139) (grifos do autor)

Ademais, pertinente trazer o entendimento de Theodoro Junior, (2011, p. 689) acerca da reversibilidade da tutela que afirma que: “só é realmente reversível, para os fins do §2º do art. 273, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso[...].”

Convém colacionar os ensinamentos de Zavascki, no seguinte sentido:

Antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício de seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, torna-se absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo. (2005, p. 100)

Não restam quaisquer dúvidas que o direito à saúde do cidadão merece ser assegurado, uma vez que trata-se de uma garantia constitucional.

Pode-se perceber que a tutela será deferida sempre que restar demonstrada insofismavelmente a urgência no provimento jurisdicional e o direito líquido e certo do autor.

No entanto, no que se refere à irreversibilidade dos efeitos da tutela ainda pairam muitas discussões na doutrina, sendo que existem os defensores



de que a antecipação só será deferida se o provimento puder ser reversível, visando evitar causar prejuízos ao réu, e *contrario sensu* a outra corrente doutrinária defende que a antecipação de tutela sempre merecerá ser concedida quando se tratar de direitos urgentes, deixando um pouco de lado a reversibilidade ou não da medida, já que estes autores entendem sempre ser reversível, com a prolação da sentença de improcedência da demanda.

Por fim, resta cristalina que a antecipação de tutela veio salvaguardar direitos que necessitam de provimento e apreciação urgentes e sempre será concedida quando restar amplamente demonstrada a urgência e o direito do autor, através da prova da verossimilhança de sua alegações e do *fumus boni iuris*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal assegura o direito fundamental ao acesso à saúde, de forma universal e igualitária, sendo que como um direito social, alcança a todos. Porém, diante dos estudos realizados para a elaboração do presente trabalho, pode-se observar que nenhum poder público, de fato assume a responsabilidade pela efetivação desse direito, mas buscam eximir-se de suas obrigações.

Embora tenham sido implantados pelo governo programas de saúde de notoriedade, os recursos raramente condizem com a necessidade enfrentada pela população, que acaba se valendo do judiciário para adquirir os mais variados tipos de medicamentos e tratamentos de saúde.

Contudo, em face da precária situação da saúde brasileira, muitas pessoas recorrem ao Poder Judiciário. Essa atuação é inteiramente constitucional, bem como a concessão das tutelas antecipadas nas ações urgentes na área de saúde, sempre que restar demonstrada nos autos o direito e a necessidade imediata do fornecimento do medicamento ou tratamento médico.

A proteção à vida, a garantia do direito de ter uma existência digna, deve ser o propósito de todos os operadores do direito.

Notadamente, o progressivo número de demandas judiciais, referentes aos medicamentos e tratamentos médicos é alarmante. E a falta do acesso à saúde é uma das principais causas do abarrotamento de processos no Poder Judiciário.

Para reverter esse cenário de caos, onde o Estado não dá conta da demanda e o Poder Judiciário tem cada vez mais ações referentes à garantia da saúde dos cidadãos, é que torna-se necessária a implantação de medidas efetivas que busquem viabilizar o acesso à justiça às pessoas, sem que estas necessitem valerem-se do Poder Judiciário para assegurar-lhes o mínimo de dignidade.

Já no que tange ao pressuposto da irreversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela, outro ponto crucial do presente estudo, restou cristalina a sua relatividade. Já que no caso concreto o juiz analisará a situação dos



autos para deferir ou não sua aplicabilidade. Já que nas ações relativas à saúde esse pressuposto deverá ser abrandado em prol de um bem maior.

Por fim, a antecipação de tutela nas ações de saúde trata-se de medida de grande importância já que busca salvaguardar direitos constitucionais urgentes, evitando seu perecimento. E será deferida sempre que restar demonstrada a urgência do direito do autor e o abuso cometido por terceiro, bem como a prova inequívoca do direito e o *fumus boni iuris*, sendo que a reversibilidade ou não da tutela será analisada no caso concreto específico, sob pena de inviabilizar direitos maiores.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ASSAN, Ozires Eilel. **Da Tutela Antecipada**: teoria, legislação, jurisprudência e prática. Campinas: Aga Júris Editora, 1998.

BAHIA, Claudio José; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde**: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14ª. edição. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2.ed. Salvador: JusPodvim, 2008. 2v.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento da sentença e coisa julgada. 2ª ed., Salvador, Jus Podium, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.





FRIEDE, Reis. **Tutela Antecipada, Tutela Cautelar e Tutela Específica à Luz da Denominada Reforma do Código de Processo Civil**. 3.ed. Belo Horizonte. Del Rey, 1996.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.ed. Bahia: JusPodvim, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. Volume 2. 8ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado da Lide: parte incontroversa da demanda**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante**. 2.ed. São Paulo: Método, 2002.

\_\_\_\_\_. **Tratado das medidas cautelares: teoria geral do processo cautelar**. São Paulo: Lejus, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70058311556, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 07/02/2014. Disponível em [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058311556&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politicassite&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058311556&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris) Acesso em 13.mai.2016

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70045571585, Quarta Câmara Cível, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Julgado em 04/12/2013. Disponível em [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70045571585&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politicassite&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70045571585&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)



Ad1&as\_qj=&site=ementario&as\_epq=&as\_oq=&as\_eq=&as\_q=+#main\_res\_juris>. Acesso em 13.mai.2016

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 35.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.vol. II.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 45.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. II.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 46.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. II.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da Tutela Antecipada: Doutrina e Jurisprudência**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



## **A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO EDUCACIONAL**

*Alini Bueno dos Santos Taborda*<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

Tendo em vista que a atuação do professor como mediador dos conhecimentos escolares, é primordial face às transformações sociais ocorridas, visando contribuir para a formação de uma sociedade verdadeiramente pensante. O presente trabalho tem como objetivo analisar de que forma a compreensão da importância da mediação no âmbito escolar, considerando a idéia de cidadania e direitos humanos, afetam a promoção do processo pedagógico.

**Palavras-chaves:** mediação, conflitos, educação.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS:**

Diante de um cenário de inúmeras transformações e diferenças no âmbito educacional, da massificação do ensino, a educação, antes pautada em modelos burocráticos e uniformes, acostumada a lidar com certo padrão de alunos, se viu despreparada para atuar com tantas heterogeneidades, diferenças culturais e de valores. Portanto, agora busca vitalizar o papel da escola através do envolvimento de todos, chamando-os a partilhar interesses, com intenção de, em conjunto, traçar percursos de aprendizagem mais significativos.

O presente trabalho apresenta uma reflexão sobre o desenvolvimento do procedimento que é a mediação, tendo como base os principais modelos adotados, seus princípios e objetivos, bem como abordará a função do professor como mediador.

Questiona-se quanto aos desafios, conflitos e a possibilidade de uma convivência harmoniosa e pacífica, no setor educacional, em meio a uma sociedade multicultural, através da utilização da mediação como uma ideia pacificadora e ao mesmo tempo uma técnica de intervenção nos conflitos, pautada no diálogo franco, e por isso, capaz de restabelecer e fortalecer suas relações.

### **1 ORIGEM E CONCEITO DA MEDIAÇÃO:**

A mediação de conflitos afigura-se parte integrante das relações humanas desde os primórdios dos tempos, estando presente na história e na

---

<sup>1</sup> Advogada, Especialista em Direito Tributário e Exercício do Magistério Superior pela UNISUL/SC, Especialista em Formação Pedagógica pela Celer Faculdades/SC, Mestre em Direito pela URI – Campus de Santo Ângelo/RS. E-mail: alinitaborda@gmail.com



cultura dos povos (SCHABBEL, 2002). Tanto é verdade, que analisando, por exemplo, a cultura judaica e cristã, a própria Bíblia confere a Cristo, o “título” de mediador entre Deus e os homens, bem como traz preceitos que incentivavam a intermediação das disputas, através da intervenção dos membros mais antigos das comunidades ou de líderes religiosos.

Ressalta Mello (2004), que não há dados concretos quanto ao marco histórico inicial da mediação. Entretanto, tal prática remonta à antiguidade chinesa, por influência da filosofia de Confúcio, calcada na reciprocidade, na paz e na compreensão. Vezzulla (2006) informa que foi Confúcio (551 a.C. - 479 a.C.) – para quem havia nas relações humanas uma harmonia natural – que introduziu na China a figura do mediador.

Segundo Moore (1998), a mediação tem sido utilizada por quase todas as culturas do mundo, entre elas as judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas, além de várias culturas indígenas. A propósito, antes de Cristo os chefes religiosos e políticos já utilizavam a mediação para determinar diferenças civis e religiosas nas comunidades judaicas. Posteriormente, os tribunais rabínicos no Império Turco e Oriente Médio, na África do Norte, Espanha, Itália, Europa Central e Leste Europeu valeram-se da mediação para decidir disputas entre os membros de sua crença.

Sabe-se que na Idade Média, a Igreja Católica, na Europa Ocidental e, a Ortodoxa, no Leste Mediterrâneo, foram organizações que atuaram como mediadoras na administração de conflitos da sociedade ocidental. Ademais, a mediação também era utilizada nas sociedades asiáticas e nas comunidades budistas, que enfatizavam a busca do equilíbrio e da harmonia nas relações humanas. Já no Ocidente, ganhou espaço no mundo dos negócios, passando a ser largamente utilizada na resolução de disputas entre a burguesia emergente (ALMEIDA & BRAGA NETO, 2002).

Conforme os autores Breitman e Porto (2001, p. 53,54), a mediação de conflitos, embora contemporaneamente seja um procedimento inovador, tem suas origens e razões na civilização chinesa, com aproveitamento de costumes e utilização de antigas descobertas em situações semelhantes. Conforme Vainer, na China moderna, a mediação foi retomada oficialmente em 1949, em âmbito patrimonial e familiar, o que vem diminuindo “consideravelmente o número de casos que chegam aos tribunais como litígio” (1999, p. 42).

Portanto, a história tem demonstrado que as soluções de conflitos entre os indivíduos, ocorreram de forma constante e variável, por meio da mediação. “Culturas judaicas, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas tem longa e efetiva tradição em seu uso” (Mendonça, 2004, p. 143).

Na década de 70, com a experiência da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, no âmbito de seu Projeto de Negociação, passou-se a considerar a mediação de conflitos uma teoria, baseada em mecanismos e técnicas de comunicação. Nasceram então os primeiros centros de mediação, nos Estados Unidos, que ficaram conhecidos como Programa de Mediação Comunitária tinha como objetivo ser um local onde a comunidade pudesse se reunir e resolver seus problemas.



Já na década de 80, pelo bom andamento do Programa, as atividades foram estendidas para as escolas, com a finalidade de ensinar os alunos a mediarem seus conflitos

Mais especificamente, em 1982, os *Community Boards* de San Francisco iniciam uma colaboração entre os centros de mediação comunitária e os sistemas escolares. Considerando que as competências para trabalhar o conflito são essenciais numa sociedade democrática, criam o programa “Recursos de resolução de conflitos para a escola e jovens”. No ano de 1984 surge, nos Estados Unidos, a NAME, Associação Nacional de Mediação Escolar, que serviria para o estudo e implementação da mediação e, em 1985, a NAME funde-se com o NIDRF, Instituto Nacional de Resolução de Litígios, nascendo a CRENET, Rede de Resolução de Conflitos na Educação. Neste último ano, os educadores para a responsabilidade social e o Conselho de Educação da cidade de Nova Iorque, promovem a colaboração entre grupos comunitários e escolares, propiciando o surgimento do “Programa de resolução criativa de conflitos”. No primeiro momento foi realizado um programa para os estudantes e, depois foram elaborados currículos de Resolução de Conflito para as instituições de ensino. (MORGADO; OLIVEIRA, 2009).

Assim, gradativamente, os programas de resolução de conflitos no âmbito escolar foram se estendendo por todo mundo e, atualmente existem na Argentina, Nova Zelândia, Canadá; França, Grã-Bretanha, Suíça, Bélgica, Polónia, Alemanha, Espanha, entre outros

Apenas nas últimas décadas do século XX, a mediação foi formalizada e reconhecida como profissão (SALES, 2003). A grande expansão transcorreu, a princípio, a partir do reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, como a resolução de conflitos entre patrões e empregados, evitando greves e paralisações que ameaçavam o bem estar e a segurança dos americanos.

No mesmo sentido, Moore afirma que a mediação tornou-se formalmente institucionalizada e desenvolveu-se como uma profissão reconhecida.

Este crescimento deve-se em parte a um reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, à expansão das aspirações pela participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, à crença de que um indivíduo tem o direito de participar e de ter o controle das decisões que afetam a sua própria vida, a um apoio ético aos acordos particulares e às tendências, em algumas regiões, para maior tolerância à diversidade (1998, p. 34).

Já quanto a origem do termo, propriamente dito, Aulete (1974) ressalta que tem provavelmente a sua origem etimológica no latim *mediatio* (*medium*, *medius*, *mediator*), que significa ação ou efeito de ser mediano em algum negócio; intervenção; intercessão. Também é apontado como derivação da raiz “*medi*” e deste modo teria aparecido na enciclopédia francesa em 1694, cujo



registro é do século XIII, para designar a intervenção humana entre duas partes, sendo assim utilizada pelos Romanos, por associação de ideias, com um suposto país desaparecido, a Media, vizinho às terras da antiga Pérsia que se tornou o Irã.

Também nesse sentido, segundo Ferreira (2001), advém do latim *mediatione*, que significa “intercessão, intermédio (...) intervenção com que se busca produzir um acordo [...] Derivado do verbo latino *mediare* – de mediar, intervir, colocar-se no meio”. Portanto, um processo no qual um terceiro imparcial facilita a resolução do conflito por meio da promoção de acordos voluntários entre ambos os envolvidos na contenda. “Um mediador facilita a comunicação, promove o entendimento, leva as partes a se focarem em seus interesses e procura soluções criativas que deixem as partes livres para chegar a um acordo próprio” (Prefácio do *Standards of Conduct for Mediators*, citado por Kovach & Love, 2004, p. 107).

Já quanto ao conceito Vezzulla aduz que:

[...] mediação é a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor. (1998, p. 15-16 )

Nesses sentido, a doutrinadora Lília Sales (2004):

Mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram, uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.

Portanto, os conceitos mais utilizados coincidem com a seguinte conceituação de Haynes e Marodin (1996, p. 11):

A mediação é um processo no qual uma terceira pessoa- o mediador- auxilia os participantes na resolução de uma disputa [...] o processo de mediação é a condução das negociações de outras pessoas e o Mediador é o administrador das negociações, é quem organiza a Discussão das questões a serem resolvidas. Quanto mais coerente e organizado o processo, mais fácil para os participantes chegar a soluções que sejam adequadas e aceitáveis para eles.

Atualmente, visando a promoção da cultura da paz, o método da mediação é indicado pela Organização das Nações Unidas (ONU) como a mais adequada maneira de compor conflitos onde existam principalmente vínculos passados ou a serem desenvolvidos entre os indivíduos, e podendo inclusive ser empregado em várias áreas.

A mediação é tida como uma técnica extrajudicial de resolução de conflitos, por meio da qual as próprias partes, com o auxílio imparcial de um terceiro, buscam dialogar para resolver os seus conflitos de forma satisfatória.



Por isso, seguindo Luis Alberto Warat, consideramos a mediação como “uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças”, pois ocorrendo a mediação todas as partes resultam ganhadoras, uma vez que se chega a uma solução consensuada e não existe o ressentimento de sentir-se “perdedor”. (1998, p.5)

Portanto, pode-se afirmar que a mediação é útil para resolver conflitos familiares, cíveis, comerciais, comunitários e escolares, que será o principal tema abordado neste trabalho. Segundo, Nuria Beloso Martin, não falamos apenas de uma técnica de resolução não adversarial de disputas, ela têm êxito como estratégia educativa, como realização política da cidadania dos direitos humanos e da democracia. É um meio indiscutível para tornar realidade a autonomia do sujeito. ( 2011, p.228)

## **2 PRINCÍPIOS INFORMADORES E OBJETIVOS DA MEDIAÇÃO:**

A mediação de conflitos é geralmente definida como a interferência consentida de uma terceira parte em uma negociação ou em um conflito instalado, com poder de decisão limitado, cujo objetivo é conduzir o processo em direção a um acordo satisfatório, construído, voluntariamente, pelas partes, e, portanto mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. (MOORE, 1998, p.91).

Para mediar uma situação conflitante, é importante observar alguns princípios, ou condições. Se ignorarmos esses princípios básicos, a mediação de conflito tem poucas oportunidades de funcionar corretamente.

A técnica da mediação possui algumas características e princípios próprios, dos quais destacamos:

*A autocomposição:* aqui a resolução do conflito é negociada, acordada e assumida pelas partes envolvidas, sem intervenção decisória de quem esta atuando como mediador no caso.

Conforme ressalta Lília Maia de Moraes Sales, é aos envolvidos no conflito que cabe a responsabilidade por suas escolhas:

Mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide (2003, p. 47).

*A cooperação:* o método em questão busca a empatia e de forma alguma a adversariedade. Tenta-se “formar um lugar” onde as pessoas possam expressar seus sentimentos, sentir o outro e assim, juntas, encontrar por elas mesmas a melhor solução para o seu problema.

Deve-se estimular um espírito colaborador entre as partes, e nunca enfatizar a figura de um “vencedor”, não se vê uma parte como perdedora e a outra como ganhadora, mas que ambas possam ceder um pouco e ganharem



de alguma forma, buscando, assim, amenizar eventuais sentimentos negativos entre as pessoas em conflito.

*A voluntariedade:* esta tem sido uma das características mais debatidas historicamente, uma vez que existem sistemas legais em alguns países, como, que estipulam a mediação como medida prévia e obrigatória ao processo judicial.

Conforme ressalta, Juan Carlos Vezula, no mundo todo, onde a mediação é praticada e se respeita a norma fundamental de deixar seu uso à exclusiva vontade das partes, são resolvidos mais de setenta e cinco por cento dos casos que de outra forma teriam ido diretamente ao Poder Judiciário. Foi assim que, com uma mudança de cultura, com um novo meio de resolver as disputas, conseguiu-se desafogar o Poder Judiciário. Nos lugares onde a mediação foi imposta, como na Argentina, a falta de preparo dos profissionais, os baixos honorários recebidos além da obrigatoriedade, produziu um movimento de rejeição pelo qual só resultou, até agora, num baixo índice de acordos. (A mediação. O mediador. A Justiça e outros conceitos, pág. 115)

Percebemos neste um ponto de extrema relevância para o procedimento que é a mediação, as pessoas devem ter a liberdade de escolher esse método para tratar seu conflito, devem tomar as decisões, pois só pode-se dizer que um conflito foi realmente solucionado quando as partes envolvidas criaram a solução, nada lhes foi imposto.

*A confidencialidade:* O processo de mediação deve ser realizado em um ambiente privado, ocorrendo entre as partes um acordo de confidencialidade, construindo-se um clima de confiança e respeito, necessário para que ocorra um diálogo franco, fazendo inclusive com que a mediação seja mais adequada para certos casos em que não se queira publicidade. O sigilo é essencial também porque possibilita às partes exporem seus sentimentos e sua intimidade para que ocorra uma discussão profunda sobre seus reais interesses.

Portanto, o mediador tem o *compromisso de manter sigilo* sobre os fatos conhecidos através das reuniões de mediação, sendo que no Brasil, o dever de sigilo do mediador é imposto pela ética, mas não há lei que, explicitamente, proíba os mediadores de serem testemunhas. Nesse ponto, cabe uma ressalva: mesmo no ordenamento jurídico pátrio, o dever de sigilo dos mediadores sobre fatos conhecidos no exercício de sua atividade é resguardado quanto à obrigatoriedade de prestar testemunho. Isso porque o art. 207 do Código de Processo Penal e 406 do Código de Processo Civil excluem desse dever as pessoas que, por suas atividades, são obrigadas a guardar sigilo.

*A participação de terceiro imparcial:* O as partes são auxiliadas por um terceiro dito “imparcial”, que apenas ajuda as partes, facilitando o diálogo através de técnicas de comunicação e de princípios estabelecidos na cultura de paz. Assim, o mesmo não tem poder de decisão, ou seja, ele não interfere na tomada de uma decisão, e esta não depende de pessoas que não estejam envolvidas no conflito. Somente as partes envolvidas é que decidirão acerca do problema.





Conforme Jean-François Six, cada mediador atua como um diretor de cinema ou um maestro de orquestra, são responsáveis pela condução do processo, mas “não tomam o lugar dos atores ou dos músicos, a quem compreendem, difundem confiança, insuflam ritmo, trazem uma espécie de energia suplementar e impulsionam a dar todo o seu talento. Mas ao final das contas, diretor e maestro são tidos como os primeiros responsáveis pela obra produzida.” (2001, p.87)

A *informalidade*: diferente de um processo judicial, a mediação possui um procedimento informal, simples, no qual é valorizada a oralidade, ou seja, a grande maioria das intervenções é feita através do diálogo, não existem regras rígidas ou uma forma predeterminada. Aqui apenas existe um código de ética que pode ser seguido, mas isso não é obrigatório.

No Brasil ainda não existe uma legislação que regule o processo da mediação. Mas de forma alguma, isso significa que o compromisso assumido no processo de mediação não tenha validade, uma vez que as pessoas que participam de um processo de mediação se comprometem umas com as outras, e elas mesmas são responsáveis pelo cumprimento de seus compromissos. Entretanto, a mediação é circular, uma vez que se pode voltar a tratar os assuntos quantas vezes seja necessário.

Sobre o tema a Ministra aposentada Ellen Gracie Northfleet, do Supremo Tribunal Federal, afirma que:

O clima de informalidade e confidencialidade das sessões favorecem o esclarecimento de situações que talvez não aflorassem na sala das audiências. O diálogo que se estabelece entre as partes é mais verdadeiro porque envolve a inteireza de suas razões e não apenas aquelas que poderiam ser deduzidas com forma e figura de juízo (1994, p. 235).

Tais princípios representam um norte para o procedimento que é a mediação, uma vez que esta visa não apenas a realização de um acordo, já que as pessoas em conflito devem conseguir restabelecer ou transformar seu relacionamento, não correndo isto o processo de mediação não terá sido completo. Conforme afirma Jose Luis Bolzan de Moraes (1999), a mediação não será exitosa se as partes acordarem um simples termo de indenizações, sem conseguir reatar as relações entre elas.

Desse modo, destacamos como objetivos da mediação: resgatar a autonomia das pessoas, restabelecer ou transformar a relação entre as partes, fomentar a comunicação e o respeito e principalmente buscar a reconstrução simbólica do conflito.

Corroborar essa ideia a doutrinadora Lilia Maia de Moraes Sales (2005), para quem são vários objetivos dentre os quais destacam-se a solução dos conflitos (boa administração do conflito), na qual o diálogo é o meio para se chegar a essa solução, deve ter como fundamento a visão positiva do conflito, a cooperação entre as partes e a participação do mediador como facilitador dessa comunicação. Já o segundo objetivo da mediação é a prevenção de conflitos. A mediação, como um meio para facilitar o diálogo entre as pessoas, estimula a cultura da comunicação pacífica.

### **3 PRINCIPAIS MODELOS DE MEDIAÇÃO:**

Quanto aos modelos para a realização da mediação, nos limitaremos aos três mais difundidos, quais sejam, o chamado Modelo Diretor ou Tradicional Linear, o de Mediação Transformativa e por fim o denominado Circular Narrativo.

O primeiro modelo se baseia na negociação cooperativa, que busca a descoberta dos interesses, de necessidades e de valores, ou seja, nas motivações que levam as pessoas a adotarem posições fechadas e antagônicas, que dificultam a resolução de seus conflitos. Mas, tem o acordo como principal meta da mediação, e apesar das partes terem o poder de decisão, a filosofia os guia focalizando os pontos comuns, concentrando-se nos aspectos essenciais do conflito, neutralizando os subjetivo, ou seja, as emoções e percepções (SARRADO SOLDEVILLA, 2003, p. 95-102).

Esse método é comumente associado a Escola Tradicional de Harvard, para a qual o importante é que as partes envolvidas cheguem, com auxílio do mediador, a um acordo mutuamente aceitável. Assim, lembra Vezzulla (2006, p.85), “toda a estratégia do mediador está orientada para conseguir o acordo”. Aqui a comunicação é compreendida no sentido linear, analítica, pragmática, não considerando-se realmente as situações conflitivas.

Ainda segundo o autor (p. 85) a crítica aos conceitos da Escola Tradicional de Harvard é que na busca de encontrar saídas objetivas para os conflitos, “se deixam de trabalhar os conflitos subjetivos, que retornam como perturbação, muitas das vezes, das próprias decisões tomadas”. E continua: os impasses subjetivos neutralizados e cindidos do tratamento dado aos conflitos objetivos permanecem atuando no relacionamento dos envolvidos, manifestando-se na supervalorização das dificuldades ou na criação delas, quando ficam subjacentes e procuram “sua expressão por meios sintomáticos”.

*Modelo de Mediação Transformativa:* normalmente associado a Robert Bush e Joseph Folger, estudiosos que desenvolveram a teoria e escreveram o livro *A Promessa da Mediação: uma abordagem transformativa do conflito* (2004), cuja proposta ganhou o mundo, fundou escola e reuniu seguidores, baseado na que o conflito não se resolve, e sim se transforma a partir da transformação das relações entre as pessoas.

É tido por muitos doutrinadores como uma visão moderna das ADRs, não traz a construção de acordos como objetivo mas privilegia a transformação do conflito. Permite as partes encarar os conflitos como oportunidades de crescimento, é baseada no desenvolvimento moral e nas relações interpessoais mais que na satisfação e a autonomia particular (SARRADO SOLDEVILLA, 2003, p. 95-102).

Busca a transformação das partes, prezando pela valorização e o reconhecimento recíproco, tendo, portanto, como enfoque, as relações e o potencial transformativo da crise e do conflito. Tem como meta enfrentar o conflito através do próprio fortalecimento e do reconhecimento dos outros, está



baseado na identificação dos reais interesses, necessidades e valores de cada um dos mediandos.

Conforme Bush e Folger, esses são os ganhos sociais mais significativos, propiciados pelo diálogo via Mediação. Segundo estes, o diálogo entre ser atendido e atender, desde que possível para ambos, é transformador e se traduz em acordo como uma consequência natural para aqueles que genuinamente vivenciaram empowermente recognition. A auto composição traduzida em acordo transforma-se em consequência e não em objeto na mediação transformativa. (2004, p. 11- 12).

*Modelo Circular Narrativo:* modelo proposto por Sara Cobb, o qual contempla os dois modelos anteriormente citados, ou seja, busca cuidar da construção do acordo e também da relação social entre os envolvidos. Trabalha com as técnicas de comunicação e de negociação com uma visão sistêmica do conflito e da interação entre mediandos, dando maior atenção à construção social dos envolvidos.

Segundo esta, a comunicação é um elemento fundamental para produzir mudanças e, com isso, o alcance de soluções para o conflito, a comunicação é tida como elemento que aglutina os conteúdos do conflito, componentes verbais e não verbais. Tem uma grande vantagem quanto a aplicabilidade por estar centrado tanto nas relações como nos acordos (SARRADO SOLDEVILLA, 2003, p. 95-102).

Com base nos modelos acima citados, grande parte dos mediadores prefere mesclar as técnicas, os procedimentos e as atitudes utilizados pelos diferentes modelos, para utilizarem-nas de acordo com a situação, a ocasião, o estilo do mediador e o perfil dos mediandos. Essa é uma tendência universal, onde o melhor de cada pensamento é reunido em prol da natureza da intervenção, sem privilegiar um único modelo teórico em particular.

Assim percebemos que o que todos os modelos apresentados têm em comum, é que utilizam a mediação como facilitadora, uma vez que se pretende facilitar o diálogo entre as pessoas, sem interferir, diretamente, com as ideias do mediador.

#### **4 EDUCANDO PARA A GESTÃO POSITIVA DOS CONFLITOS**

A escola é uma organização formada pela sociedade para cultivar e transmitir valores sociais importantes e contribuir para a formação dos indivíduos, através de experiências de aprendizagem e ambiente educacional condizentes com os fundamentos, princípios e objetivos da educação.

Seu ambiente é considerado de suma importância para o desenvolvimento de aprendizagens significativas que possibilitem aos alunos conhecerem o mundo e conhecerem-se no mundo, como condição para o desenvolvimento de sua capacidade de atuação cidadã. (Lück, 2009, p.20)

Então, cumpre dizer que a escola se apresenta como espaço que a sociedade acredita ser ideal para a reprodução dos valores considerados primordiais para a sua própria manutenção. Ocorre que, a maioria das crianças acaba por chegar à escola despreparadas, ou seja, não sabendo como



participar responsabilmente das atividades em sala de aula e mais, repetindo a falta de limites e os modelos observados nas famílias, utilizando-os para resolver conflitos com seus pares, empreendendo a força física, agressão verbal e todo tipo de desrespeito com seu grupo de colegas e professores. Em virtude disto, é crescente o número de escolas que estão investindo em itens de segurança como câmeras, identificação dos alunos por cartões magnéticos, e pessoal de segurança.

Portanto, diante do desafio de contribuir com a educação, em um momento de mudanças e incertezas e a necessidade de resgatar valores tão importantes para a sociedade contemporânea, a escola deverá exercer um novo papel.

Nesse sentido as palavras de Heloísa Lück:

Novos desafios e exigências são apresentados à escola, que recebe o estatuto legal de formar cidadãos com capacidade de não só enfrentar esses desafios, mas também de superá-los. Como consequência, para trabalhar em educação, de modo a atender essas demandas, torna-se imprescindível que se conheça a realidade e que se tenha as competências necessárias para realizar nos contextos educacionais os ajustes e mudanças de acordo com as necessidades e demandas emergentes no contexto da realidade externa e no interior da escola. No contexto dessa sociedade, a natureza da educação e as finalidades da escola ganham uma dimensão mais abrangente, complexa e dinâmica e, em consequência, o trabalho daqueles que atuam nesse meio (2009, p.16).

O conflito é uma presença constante na história da civilização e parte integrante do convívio social, e para enfrentá-lo é importante aceitar diferenças, aceitar posições distintas e dialogar sempre. “Em geral, nas escolas e na vida, só percebemos o conflito quando este produz suas manifestações violentas. [...] “E neste caso, esquecemos que problemas mal resolvidos se repetem” (CHRISPINO; CHRISPINO, 2002, p. 36).

Nesse sentido, Ortega afirma que:

O conflito emerge em toda situação social em que se compartilham espaços, atividades, normas e sistemas de poder e a escola obrigatória é um deles. Um conflito não é necessariamente um fenômeno da violência, embora, em muitas ocasiões, quando não abordado de forma adequada, pode chegar a deteriorar o clima de convivência pacífica e gerar uma violência multiforme na qual é difícil reconhecer a origem e a natureza do problema (2002, p.143).

Fante ressalta que:

A intolerância, a ausência de parâmetros que orientem a convivência pacífica e a falta de habilidade para resolver os conflitos são algumas das principais dificuldades detectadas no ambiente escolar. Atualmente, a matéria mais difícil da escola não é a matemática ou a biologia; a convivência, para muitos alunos e de todas as séries,



talvez seja a matéria mais difícil de ser aprendida (2005, p. 91).

Assim, a escola pode identificar nos processos de mediação escolar uma forma criativa para a resolução dos conflitos, fazendo destes uma oportunidade de crescimento e mudança, com potencial educativo e de formação pessoal e social, pois esta é um processo cooperativo de gestão de conflitos, estruturado, voluntário e confidencial, onde através da figura do mediador e com técnicas como a escuta, comunicação e negociação, promove o diálogo e o reencontro interpessoal para a resolução de conflitos dentro da instituição escolar.

A mediação no âmbito escolar possui como um de seus mais importantes objetivos, cultivar a cidadania e a comunicação, bem como coloca a autora Lilia Maia de Moraes Sales, segundo a qual, a mediação escolar quando realizada com a participação de todos os atores da escola, tem como objetivos:

- a) desenvolver uma comunidade na qual os alunos desejem e sejam capazes de praticar uma comunicação aberta;
- b) ajudar no desenvolvimento de uma melhor compreensão da natureza dos sentimentos, capacidades e possibilidades humanas;
- c) contribuir para que os alunos compartilhem seus sentimentos e sejam conscientes de suas qualidades e dificuldades;
- d) possibilitar aos alunos o fortalecimento da autoconfiança;
- e) desenvolver no aluno a capacidade de pensar criativamente sobre problemas e de começar a prevenir e solucionar conflitos (2010, p.90).

Por apresentar características como escuta passiva, diálogo, respeito e solidariedade, na escola, a prática da mediação oferece as partes, sujeitos ainda em formação, serem educados entendendo e praticando esses valores. Portanto, educa para a paz, principalmente considerando a oportunidade dos indivíduos trabalharem seus problemas de uma forma positiva, canalizando a agressividade que envolve a situação.

Conforme bem coloca Jares (2002), o processo de mediação deverá:

1. favorecer e estimular a comunicação entre as partes em conflito, o que traz consigo o controle das interações destrutivas;
2. levar a que ambas as partes compreendam o conflito de uma forma global e não apenas a partir da sua própria perspectiva;
3. ajudar na análise das causas do conflito, fazendo com que as partes separem os interesses dos sentimentos;
4. favorecer a conversão das diferenças em formas criativas de resolução do conflito;
5. reparar, sempre que viável, as feridas emocionais que possam existir entre as partes.

Tendo como base um ensino pautado em valores como tolerância, solidariedade, respeito ao próximo e as diferenças. Muitos autores, sugerem que a mediação no âmbito escolar seja desenvolvida nos primeiros anos de escolaridade do aluno, por meio da vivência dos valores humanos e resgate da



solidariedade e respeito para com o outro, segundo Boaventura Santos, (2001, p.17), “muitas são as ações de solidariedade possíveis, a fim de reduzir as manifestações de violência contra a escola, ou na escola. Trata-se de um processo de construção da paz, que reconhece a escola como espaço de construção de uma cidadania que contemple o multiculturalismo”.

Dessa maneira, a mediação escolar opera como uma ação sócio-educativa de extrema importância, pois contribui para pensar a discriminação, opressão e exclusão em todas as suas manifestações, colabora para a formação de sujeitos conscientes, participativos e solidários. Educação e escola se apresentam como espaços de extrema importância, por causa do potencial de aprendizagem que todo processo educativo oferece, por isso, é preciso criar condições para o livre pensar entre nossos cidadãos.

Nessa visão, quando a escola tenta homogeneizar seus alunos, adotando padrões pré-estabelecidos de comportamentos e modelos de práticas pedagógicas impositivas que não valorizam a diversidade de ideias e opiniões dos educandos, está reprimindo a expressão natural de conflitos em seu aspecto positivo, que se dá justamente no convívio com as diversidades de cada um. As individualidades são oportunidades de enriquecimento tanto no campo dos conhecimentos quanto no campo da convivência social.

Então, a mediação nas escolas pode resolver não só muitos dos problemas que afligem os dirigentes e administradores das escolas, como possibilitar a todos os envolvidos nesse processo aprender com as experiências anteriores e desenvolver metodologias que já sem mostraram eficientes em outras localidades.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se, nesses termos, que a escola na função de ensinar e aprender proporciona mudanças nos sujeitos sociais e que a mediação no ensino é fundamental para dirimir conflitos e reelaborar conceitos.

Entendemos que a violência agrava os problemas relacionados à educação e apesar do sentimento de impossibilidade que afeta boa parte dos educadores, eles têm um papel fundamental em ações preventivas, contribuindo para uma cultura de paz.

O mais importante é que a mediação busca: compreender o mal praticado e desenvolver empatia para com a vítima e o ofensor; escutar e atender as necessidades da pessoa que sofreu o dano e daquela que o provocou; estimular o compromisso de assumir as consequências dos próprios atos e a responsabilidade através da reflexão pessoal dentro de um processo de planejamento colaborativo; reintegrar o ofensor (e, se necessário, a vítima) como membros valiosos que contribuem para a comunidade escolar; criar ambientes de solidariedade que ofereçam apoio a uma comunidade saudável; mudar o sistema quando ele estimula o mau comportamento.

Dessa maneira, visando minimizar os mais variados problemas, e principalmente a conflitualidade e violência escolar faz-se necessário



desenvolver uma educação para a gestão positiva dos conflitos, de modo a fomentar a cidadania e os direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T. & BRAGA NETO. A. **Uma lei de mediação pura o Brasil**. 2002. *Disponível em*, de <http://www.mediare.com.br/index.htm> l . 10. Dezembro, 2014.

BACCELAR, Roberto Portugal. **A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução dos conflitos**. São Paulo: Revista do Processo, n. 95, p. 122-134, jul./se.1999, v. 24.

BREITMAN. S.; PORTO, A. C. **Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

BUSH, Baruch. Robert A.: FOLGER, Joseph P. **The Promise of mediation: the transformative approach to conflict**. San Francisco: Jossey Bass, 2004.

CHRISPINO, Álvaro e CHRISPINO, Raquel. **Políticas educacionais de redução da violência: mediação do conflito escolar**. São Paulo: Editora Biruta, 2002.

FANTE, C. **Fenômeno Bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz**. 2.ed. Campinas, SP: Verus Editora, 2005.

GRINSPUN, Mirian P. Sabrosa. Zippin (org). **A prática dos Orientadores Educacionais**. São Paulo: Cortez, 2001.

JARES, X. R. **Educação e conflito: guia de educação para a convivência**. Porto: Asa, 2002.

LÜCK, Heloísa. **Dimensões de gestão escolar e suas competências**. Curitiba: Editora Positivo, 2009.

MENDONÇA, A. H. B. **A Reinvenção da tradição do uso da mediação**. Revista de Arbitragem e Mediação, ano I, n. 3, pp. 142-153.

MENDONÇA. Rafael, **(Trans) Modernidade e Mediação de Conflitos**, Joinville . Editora Latra água, 2008.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.



MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NORTHFLEET, Ellen G. "Novas fórmulas para resolução de conflitos". In: TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. **O judiciário e a constituição**. Brasília: Saraiva, 1994. p. 235.

ORTEGA, Rosário et al. **Estratégias educativas para prevenção das SALES, L. M. M. Mediação e a composição de conflitos**. Tese de doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, L. M. M (org.) **A cidadania em debate: a mediação de conflitos**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3 ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

SARRADO SOLDEVILLA, Juan José; Ferrer Ventura, Marta. **La mediación: um reto para el futuro**. Actualización y prospectiva. Bilbao: Desclée, 2003.

SIX. Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Tradução: Águida Arruda Barbosa. Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VAINER, R. (1999). **Anatomia de um divórcio interminável**. São Paulo: Casa do Psicólogo.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Hábitus editora, 2006.

WARAT, Luis Alberto (Coord.), **Ecología, psicoanálisis e mediação**. Em nome do acordo. A mediação no Direito. Trad. J. Rodrigues. Buenos Aires: Almed, 1998.p.5-59.

\_\_\_\_\_. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001. vol. I.





## **SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS EM SOCIEDADES MULTICULTURAIS**

*Andrea Simone Lopez da Silva<sup>1</sup>  
Jacson Roberto Cervi<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O artigo pretende traçar ideias acerca da necessidade de uma maior conscientização da população em geral para com a proteção do ambiental, promovendo-se um desenvolvimento econômico atento à essa questão ambiental, bem como em harmonia com o meio ambiente, ecológico e sustentavelmente equilibrado. O objetivo é investigar a relação entre a sustentabilidade ambiental e o crescimento econômico a partir da efetividade das políticas públicas de participação cidadã para com a tomada das decisões que atingem o meio ambiente em sociedades multiculturais, sendo que, para alcançá-lo será questionado como as políticas públicas existentes conferem legitimidade e efetividade à proteção ambiental praticada na medida em que viabilizam a ampla participação do cidadão na tomada de decisão com relação aos meios econômicos utilizados na exploração do meio ambiente natural.

**Palavras-chave:** Meio ambiente. Desenvolvimento econômico. Sustentabilidade. Políticas Públicas. Princípio da participação.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Tendo em vista as constantes agressões ao meio ambiente, bem como a prática desenfreada do sistema liberal que busca constantemente o angariamento de novos mercados de consumo, faz-se necessário o desenvolvimento de uma nova consciência em que a natureza não seja relegada a mero instrumento fornecedor de materiais ou insumos para a indústria, mas seja valorizada como bem comum pertencente não apenas à presente, mas também às futuras gerações, e que se encontra em estado de degradação.

Neste estudo que está inserido na área de concentração de direitos especiais da linha de pesquisa sobre direito e multiculturalismo do programa de pós graduação *stricto sensu* em direito – Mestrado -, será proposta uma nova maneira de ser visto o meio ambiente, através da análise da legislação ambiental existente e de políticas públicas que garantem a participação cidadã

<sup>1</sup>Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade de Anhangüera – Uniderp. Servidora Pública do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Mestranda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Campus de Santo Ângelo.

<sup>2</sup>Co-autor. Professor Da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Campus Santo Ângelo.



para fins de ser fomentado o desenvolvimento sustentável em consonância com o desenvolvimento econômico.

O presente estudo pretende atender ao questionamento específico de qual a contribuição dos instrumentos de participação cidadã nas políticas públicas ambientais nas sociedades multiculturais para uma efetiva proteção ambiental?

Para satisfazer o problema proposto pelo estudo, usaremos como método, precipuamente, o modo de raciocínio dedutivo, uma vez que se parte de teorias e leis gerais para analisar fenômenos particulares com relação ao meio ambiente.

As técnicas de pesquisa representam precisamente a parcela prática de coleta de dados que se desenvolverá através da análise de documentação indireta, com realização de significativa pesquisa documental, bibliográfica, assim como a análise de doutrina correlata ao tema apresentado – livros, periódicos, bancos de dados da Internet e legislação pertinente.

Atualmente, é cada vez mais crescente a preocupação de ambientalistas e da população em geral com relação à necessidade de realização de um desenvolvimento econômico das nações em consonância com a preservação do meio ambiente natural.

O incessante crescimento dos mercados aliado à possibilidade de finitude dos bens ambientais, que não pertencem somente à sociedade atual, mas também às futuras gerações, faz com muitos se alertem e, dessa forma, sejam adotadas novas posições e formas de olhar para a precária tutela da natureza que vem ocorrendo.

Sendo assim, urge a adoção de novas posições, novos conceitos e novas atitudes a fim de ser promovida uma efetiva tutela ambiental, na qual seja realmente protegida a natureza da qual o ser humano faz parte, sob pena de extinção da própria raça humana.

O presente estudo pretende, com base em disciplinamento constitucional, traçar visão crítica acerca do atual desenvolvimento do mercado econômico e como este poderia ser implementado, levando em consideração a premente necessidade de ser promovida a sustentabilidade ambiental, o que será viabilizado através de políticas públicas criadas através dos institutos da democracia e da cidadania, promovendo-se a efetividade ao Princípio da Participação.

No primeiro momento do estudo, o Direito Ambiental será apresentado como decorrência da evolução social imposta pela nova complexidade das relações e estando inserido entre os novos direitos fundamentais que estão a ser reconhecidos, sendo que, para tanto, será realizada análise considerando a influência do “novo” constitucionalismo latino americano, enquanto movimento responsável pela propagação da ideia de ser necessário um novo entrosamento com a natureza. Nesta abordagem, serão descritos fatos, valores, resistências, ideologias, teorias estruturas e projetos voltados à proteção do meio ambiente através do “novo” constitucionalismo, que reflete as relações sociais e os acontecimentos históricos de determinada época e lugar.



Em sequência, será questionado acerca do significado das políticas públicas ambientais, bem como perquirida a sua efetiva aplicabilidade através do exercício da cidadania, assim como constatada a importância de tais institutos para a configuração do Estado Democrático de Direito.

Por fim, será indagado acerca da validade e eficácia de um desenvolvimento sustentável em consonância com o desenvolvimento econômico, numa perspectiva ventilada por uma abordagem sociológica. Será defendida a necessidade de alteração da racionalidade liberal produtiva que degrada o meio ambiente para a criação de uma racionalidade ambiental onde o meio ambiente seja tratado como um sujeito de direito que goza de proteção jurídica e não mero bem a ser usado na cadeia de produção – criação Racionalidade Ecocêntrica.

## **1 O DESAFIO DA SUSTENTABILIDADE EM SOCIEDADES COMPLEXAS E MULTICULTURAIS**

As normas de direitos fundamentais se apresentam atualmente como a “expressão normativa ou jurídico-positiva dos valores historicamente consolidados em determinada comunidade” (MARTEL, 2008, p. 236).

No momento em que as normas jusfundamentais internalizam valores morais que expressam ideais ou pontos de vista sobre a justiça, adequam-se aos postulados do jusnaturalismo. O fato, é que o Estado constitucional adotou os princípios morais do direito natural que estão incorporados pelo direito positivo.

Contemporaneamente, segundo a dogmática do neoconstitucionalismo, na seara constitucionalista convergem aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico, conceitos dantes tratados como contraditórios, atualmente se integram, se completam e interagem.

A dignidade da pessoa humana é, justamente, considerada “o fundamento axiológico dos direitos fundamentais, sendo tratada como o principal critério de verificação de possibilidade dos direitos fundamentais” (MARTEL, 2008, p. 237).

Ao ser tratada como um critério, a dignidade da pessoa humana deixa de ser um único recurso usado para resolver indeterminações. Não se pretende que seja usada como um conceito fechado e radicalmente determinado, mas se constata que em muitos casos é usado para reivindicar legitimidades de comportamentos que outros recusam, devido ao conceito intangível de dignidade.

Nos casos dos direitos fundamentais, convém referir que a dignidade humana pode ser tratada como um conceito isolado que reconhece as diferentes dimensões da dignidade ou de seus diversos componentes.

Segundo classificação de Ingo Sarlet (2009), tendo em vista a compreensão dos novos direitos, os direitos fundamentais se distribuem em cinco grandes “dimensões”.

Os direitos fundamentais de “primeira dimensão” são os direitos civis e políticos. São os direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à



propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. São inerentes à individualidade e tidos como “atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis e caracterizam-se como negativos uma vez que podem ser opostos contra o próprio Estado” (GORCZEVSKI; RITT, 2007, p. 19).

Os direitos de “segunda dimensão” são os sociais, econômicos e culturais, direitos fundados no princípio da igualdade e com reflexos positivos. Não são contra o Estado, mas “demandam uma atuação positiva do referido ente que deve proporcionar garantia de concessão a todos os indivíduos” (GORCZEVSKI; RITT, 2007, p. 21).

Os direitos de “terceira dimensão” são os metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade. Caracterizam-se por tutelar não apenas o homem individual e tampouco regulam as relações entre o indivíduo e o Estado, mas são “comandos de otimização que dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas, ou seja, com titulares indeterminados” (GORCZEVSKI; RITT, 2007, p. 21).

Nesta dimensão, destaca-se que tais direitos são transindividuais, também conhecidos como “novos direitos”, sendo que dentre estes está o direito à proteção ao meio ambiente, que começou a obter impulso no período posterior à Segunda Guerra Mundial quando, devido à utilização das bombas atômicas, a mutilação e o extermínio de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados à natureza, fruto do desenvolvimento tecnológico, tornaram-se uma realidade premente no planeta.

Os direitos de “quarta dimensão” são os referentes à biotecnologia, à bioética e à regulamentação da energia genética. Trata-se dos direitos específicos que “possuem vinculação direta com a vida humana e a natureza interdisciplinar, e estão a desafiar diferentes áreas do conhecimento humano” (GORCZEVSKI; RITT, 2007, p. 23).

Os direitos de “quinta dimensão” são os novos direitos “advindos das tecnologias da informação (*internet*), do ciberespaço e da realidade virtual em geral” (GORCZEVSKI; RITT, 2007, p. 24).

A classificação dos direitos fundamentais com utilização do termo “dimensão”, conforme apresentado, não é pacífica na doutrina, sendo que renomados autores os classificam utilizando o termo “gerações” (BOBBIO, 1992). Ocorre que, esta última expressão pode induzir a erro, pois pressupõe a ocorrência de algo sucessivo. As gerações de direitos sucederiam umas às outras, o que poderia levar a crer que se excluiriam os anteriores, em virtude do surgimento de novos, não sendo esta a realidade.

Os direitos fundamentais somam-se e compõem a integralidade da proteção pretendida para fins de tutelar os diversos aspectos possíveis das relações humanas, sendo que, por essa razão, poderão surgir novos direitos fundamentais devido à evolução do conhecimento humano e dos entrelaçamentos dos interesses em disputa.

Atualmente, a Constituição é o principal vetor do ordenamento jurídico dos Estados. As constituições do segundo pós-guerra são impregnadas de uma carga axiológica, na qual o principal objetivo é exatamente o recrudescimento



de direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentro desse contexto, surge o “novo constitucionalismo latino americano” que se preocupa com ideais de um Estado plurinacional e apresenta conceitos como participação popular, legitimidade e pluralismo justamente para ressignificá-los (GORCZEVSKI; PEREIRA, 2015, p. 112).

A expressão “novo constitucionalismo latino americano” não é isenta de críticas na medida em que seus contrários afirmam que as constituições americanas representam compilações de constituições de outros países de forma que seria impossível criar novas disciplinas constitucionais na América Latina.

É indubitável que a nossa CF de 1988 foi o marco definidor para a instauração do novo modelo constitucional no Brasil, ou seja, do constitucionalismo contemporâneo. Tal fato se deve ao caráter axiológico desta Constituição.

A Carta de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a legislar sobre meio ambiente, estabelecendo em seu art. 225 o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental da pessoa humana. As constituições anteriores não trataram do assunto.

A Constituição Equatoriana (arts.14, 26, 30, 32 e 71), a exemplo da Boliviana (arts.8º, 16, 19, 20, 33 e 34), traz um conceito, o “*sumak kawsay*”<sup>3</sup>, para expressar o direito de bem viver. Sendo assim o *sumak kawsay* descreve um antigo modo de viver em harmonia no seio das comunidades indígenas, da sua vivência entre as pessoas e, em especial, com relação ao contato com a natureza (RITCHER; RODRIGUES, 2015).

Numa tradução literal, o conceito refere “vida boa” ou “boa vida”, entretanto, sua essência é muito mais profunda, uma vez que na América do Sul este sentido está embutido nos valores culturais e éticos dos povos, principalmente dos indígenas e, tem sido considerado como uma forma de viver em harmonia nas comunidades e no contato com a natureza.

Justamente, foi a Constituição do Equador de 2008 que primeiro incorporou os direitos de natureza em sua disciplina, o que vai muito além do reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado pertencente às presentes e às futuras gerações asseguradas pela Constituição de 1988 (RITCHER; RODRIGUES, 2015).

---

<sup>3</sup>**Sumak Kawsay** é uma expressão originária da língua kichua, idioma tradicional dos Andes. "Sumak" significa plenitude e "Kawsay", viver, e a expressão é usada como referência ao modelo de desenvolvimento que se intenta aplicar no Equador a longo prazo e que implica um conjunto organizado, sustentável e **dinâmico** dos sistemas económicos, políticos, sócio-culturais e ambientais, que garantem a realização do bom viver. Este modelo vem a romper com os postulados do desenvolvimento capitalista. Efectivamente, na Constituição do Equador de 2008 pode-se ler que “reconhece-se o direito da população de viver num ambiente são e ecologicamente equilibrado, que assegure a sustentabilidade e o bom viver, *sumak kawsay*”. Disponível em [www.https://pt.wikipedia.org/wiki/Sumak\\_Kawsay](http://pt.wikipedia.org/wiki/Sumak_Kawsay), acesso em 13/12/2015.



Destacadamente, no art. 225 da CF se estendeu ao direito ambiental a qualidade de um direito fundamental e humano, a exemplo do que ocorre com o direito à vida, à liberdade, dentre tantos outros.

Constata-se que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tratado como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, à dignidade humana, fundamento supremo do diploma legal referido, sendo que no seu §1º é feita imposição ao Poder Público de realizar ações com o intuito de assegurar a efetividade ao novo direito apresentado.

Segundo refere tal artigo, o Estado e a coletividade são responsáveis pela promoção do respeito e preservação do meio ambiente e, sendo assim, os seus papéis são indisponíveis.

Nessa seara, o meio ambiente precisa ser entendido e aceito como um patrimônio comum de toda humanidade para garantia de sua integral proteção, especialmente, com relação às gerações futuras, sendo que, para tanto, as políticas do Poder Público estatal devem estar voltadas ao intuito da integral proteção legislativa interna e à adesão aos tratados internacionais que protegem este direito fundamental de terceira dimensão (RITCHER; RODRIGUES, 2015).

Para tanto, urge a adoção de posturas de não apenas se lidar com meras intenções políticas, mas a prática de uma política real e capaz de apresentar uma nova visão descolonizadora e anticapitalista, que tenha possibilidade de enfrentar e romper com o círculo eurocentrista que meramente dita direitos às suas colônias (RITCHER; RODRIGUES, 2015).

É viável afirmar que uma das grandes inovações do “novo” constitucionalismo da América Latina, é justamente a preocupação com aspectos como a descolonização e a importância dos direitos humanos, sendo que o ideal do bem viver é uma nova perspectiva para se viver no futuro, e se apresenta como uma forma de pensar o desenvolvimento econômico, político e social de uma determinada comunidade (RITCHER; RODRIGUES, 2015).

Foi justamente em decorrência da evolução das relações humanas, devido às transformações sociais verificadas, que ocorreu a ampliação de tutela aos sujeitos coletivos e às novas e específicas formas de subjetividade. A diversificação das relações influenciaram, sobremaneira, o surgimento da “terceira dimensão” dos direitos fundamentais, sendo que entre os quais se destaca o Direito Ambiental, com sua titularidade coletiva e difusa, e que vem adquirindo extrema importância.

Embora a questão ambiental seja um problema antigo, somente com a evolução da vida em sociedade, a complexidade das relações, a prática desenfreada do liberalismo com a conquista constante de novos mercados consumidores e a crescente degradação do patrimônio natural, que surgiu a necessidade premente de ser protegido de forma efetiva, o meio ambiente.

Assim, o Direito Ambiental classificado como direito fundamental de “terceira dimensão”, na realidade “representa um direito intergeracional ou transdimensional” (GORCZEVSKI; RITT, 2007, p. 25), sendo que sua abrangência tutela a vida humana na sua forma individual, social, presente e futura e, por essa razão, está diretamente relacionado com as outras



dimensões de direitos fundamentais, especialmente à primeira, na medida em que protege diretamente a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Na realidade, a consciência ecológica nasceu da inquietude moral em virtude de um problema no qual está inserida toda a humanidade com alto grau de responsabilidade, qual seja a problemática ambiental.

A partir dos anos 50 do século que passou, iniciaram-se as discussões e atuações dos movimentos sociais em defesa da natureza, analisando as consequências do incontrolado uso das fontes de energia e a contribuição para contaminação e degradação do ecossistema natural.

Somente a partir da década de 70, as atuações tornaram-se mais explícitas e contundentes, culminando com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, de 05 a 16 de junho de 1972 (GORCZEVSKI; RITT, 2007).

A questão ecológica adquiriu um prisma peculiar, através do qual se constatou a necessidade de proteção do meio ambiente natural para fins de proteger a própria raça humana. A proteção da natureza passou a implicar a tutela e melhoramento do meio ambiente num conjunto, pois se concluiu que se tratava de uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo.

A expressão “desenvolvimento sustentável” era usada desde 1970, mas foi com o relatório chefiado por GroBrundtland, ex-primeira-ministra da Noruega que alcançou a fama que possui agora. Em 1972 ocorreu a Conferência de Estocolmo quando foi elaborado o documento chamado Relatório Brundtland<sup>4</sup>, desenvolvimento sustentável foi definido como “o uso dos recursos naturais de tal forma que possa responder às necessidades da geração presente, sem comprometer as necessidades das gerações futuras” (NASCIMENTO, 2014, p. 629).

A partir de então, em consonância com uma postura ecológica, o conceito fundamental de desenvolvimento sustentável harmoniza o desenvolvimento econômico e material com a necessidade de uma consciência ecológica.

No Brasil, de 3 a 14 de junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, aconteceu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO-92, quando se reuniram delegações de 175 países e, como resultado objetivo do evento, foram ratificadas duas convenções: Sobre Mudança do Clima – que pretendia combater o efeito estufa, estabelecendo metas e estratégias, o que gerou o Protocolo de Kyoto, pelo qual as nações ricas deveriam reduzir as emissões de gases que causam o aquecimento anormal da terra e; sobre a Biodiversidade – onde se estabeleceu metas para a proteção da diversidade biológica e para exploração sustentável do patrimônio

---

<sup>4</sup>Também conhecido como “Nosso futuro comum”. “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.” Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>, acesso em 25/08/2016.



genético, sem obstar o desenvolvimento individual de cada país (SIRVINKAS, 2002).

Na ocasião, aprovou-se o documento mais abrangente e significativo para a tutela do patrimônio ambiental, conhecido como a Agenda 21 – conjunto de recomendações sobre como atingir o desenvolvimento sustentável (SIRVINKAS, 2002).

No entanto, é com a promulgação da Constituição de 1988 que a questão ambiental se torna um direito fundamental no Brasil, uma vez que restou expresso na nossa carta constitucional que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e à sadia qualidade de vida, sendo tarefa do Poder Público a obrigação de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (SIRVINKAS, 2002).

Segundo Sirvinkas:

A preocupação foi tanta com o meio ambiente que o nosso legislador constituinte resolveu reservar-lhe um capítulo inteiro na Constituição Federal, procurando disciplinar a matéria diante de sua importância mundial. O legislador constituinte inseriu o capítulo sobre meio ambiente em um único artigo, contendo seis parágrafos [...]. Os vinte e três princípios contidos na Declaração de Estocolmo de 1972 foram, na sua totalidade, encampados pelo artigo 225 da CF. Esses princípios têm por esforço dar efetividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida do homem. Ressalte-se que a sadia qualidade de vida não está explicitamente inserida no art. 5º da CF, no entanto, trata-se de um direito fundamental a ser alcançado pelo Poder Público e pela coletividade (SIRVINKAS, 2002, p. 37).

Pelo exposto, aufere-se que a garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, está diretamente relacionada com a efetivação dos direitos fundamentais, assim como com a dignidade da pessoa humana, a vida, a saúde, o lazer, a qualidade de vida, etc.

A partir de tais eventos internacionais, definiram-se uma série de princípios para o fim específico de orientar os países no momento da definição de suas regras do que resulta que, atualmente, temos regras modernas, mas que carecem de efetividade.

A problemática ambiental virou preocupação em esfera universal, muito embora não unanimemente, tendo em vista que toda a pretensão de cuidar melhor do mundo requer mudanças profundas nos “estilos de vida” o que se reflete nos modelos já praticados de produção e consumo e nas estruturas já consolidadas de poder. E, por essa razão, a última encíclica papal incita a enfrentar o desafio de “proteger a casa comum no intuito de se buscar um desenvolvimento sustentável e integral” (FRANCISCO, 2015, p. 12).

No final do mês de novembro de 2015, estiveram reunidos em Paris os países interessados em participar da Conferência sobre o Clima – a COP 21 – em que se espera firmar acordo climático geral entre as nações, com assunção de metas e responsabilidades para a redução da utilização de energias fósseis que geram o superaquecimento do planeta. Tal instrumento pretende substituir





o Protocolo de Kyoto e inaugurar nova fase de compromissos centrais a fim de se estabelecer um novo modelo econômico (AMARAL, 2015).

## **2 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E O DESAFIO DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL**

Constata-se que a validade e a eficácia dos direitos fundamentais de terceira dimensão são passíveis de questionamento uma vez que sua efetivação não está submetida unicamente dentro de um território de determinado Estado, mas está condicionada à adesão e cooperação de outros Estados, assim como órgãos internacionais, o que nos permite concluir que o novo Direito Ambiental apenas adquirirá eficácia acaso se valer de instrumentos internacionais.

Entretanto, o uso sustentável dos recursos implica na necessidade de “políticas públicas de conhecimento que serão responsáveis pela articulação de ciências e na integração de conhecimentos e saberes inter/trans e multidisciplinares” (FURRIELA, 2002, p. 58)<sup>5</sup> e, ainda holísticos que servirão para a sensibilização dos sujeitos que pretenderão a solução dos problemas ambientais não apenas locais, mas regionais e globais.

A toda evidência, uma vez disciplinada a proteção constitucional e criadas as leis infraconstitucionais protetivas do meio ambiente, a efetivação da tutela se dará através das políticas públicas responsáveis pela vinculação entre os poderes públicos e os interesses particulares na defesa dos valores ambientais (BRAVO, 2008).

Compete justamente aos poderes públicos velar pela utilização racional dos recursos naturais, através das políticas públicas, para se ter protegida a qualidade de vida do grupo ou comunidade (BRAVO, 2008).

Cabe aos cidadãos e à comunidade diretamente atingida se organizar e promover a participação cidadã de forma descentralizada a fim de criar uma capacidade de gestão dos recursos e de intervir no planejamento e elaboração das políticas públicas ambientais (BRAVO, 2008).

Segundo Edgar Morin (2011), a compreensão da ciência da ecologia requer a constituição de novo esquema cognitivo que comporte a inter-poli-transdisciplinaridade que rege o sistema ambiental enquanto exemplo de uma das novas ciências sistêmicas justamente por ser complexa.

Refere, assim, que:

(...) a ciência ecológica é constituída sobre um objeto e um projeto multi e interdisciplinar, a partir do momento da criação (Tansley, 1935), não só do conceito de nicho ecológico como também do de

---

<sup>5</sup>Segundo a autora, interdisciplinar entende-se como a abordagem que integra uma e outra área do conhecimento, uma somatória. Transdisciplinar seria a abordagem que transcende as definições e conceitos de diferentes disciplinas, propondo novas abordagens. Multidisciplinar seria a abordagem que integra múltiplas. E finalmente, a visão holística é aquela abrangente, que migra do pequeno para o grande, e do grande para o pequeno, ou seja, do macro para o micro, sem ignorar peculiaridades ou mesmo generalidades.



ecossistema (união de um biotopo e uma biocenose), isto é, a partir do momento em que um conceito organizador de caráter sistêmico permitiu conhecimentos diversos (geográficos, geológicos, bacteriológicos, zoológicos e botânicos). A ciência ecológica pôde não somente utilizar os serviços de diferentes disciplinas, mas também criar cientistas policompetentes, que possuem, ademais, a competência dos problemas fundamentais desse tipo de organização (MORIN, 2011, p. 110).

Portanto, uma nova racionalidade ambiental, atenta à realidade que contemple uma nova visão crítica do mundo, de forma dialógica, que instaure um novo saber sobre o meio ambiente e voltada à solução dos problemas ambientais, será construída a partir do desenvolvimento da cidadania, bem como da educação participativa.

A produção econômica, em que pese estar embasada na livre iniciativa e na livre concorrência, não deve ser promovida em detrimento do patrimônio natural existente que é finito, que de igual forma encontra proteção no texto constitucional. Harmonizar o desenvolvimento e a prática dessas duas grandezas tuteladas no texto constitucional é o grande desafio da sociedade pós moderna.

Vive-se um período de profunda crise mundial em todos os aspectos – na saúde, no modo de vida, na qualidade do meio ambiente, nas relações sociais e seus reflexos na economia, no avanço da tecnologia e no caos político. A crise avança para as dimensões intelectuais, morais e espirituais, mostrando-se de forma como nunca antes ocorrera, sendo talvez uma das razões que faz a humanidade defrontar-se com a possibilidade de extinção da raça humana e de toda a vida no planeta.

A possibilidade de uma guerra nuclear, apesar de representar o maior perigo hoje para a humanidade, não é o único. A probabilidade de extinção da vida na Terra torna-se a cada dia, mais evidente na medida em que o ecossistema global e a própria evolução da vida no planeta estão seriamente comprometidos em virtude da premente possibilidade de um desastre ecológico em grande escala.

A superpopulação e a tecnologia industrial estão a contribuir para a grave deterioração do meio ambiente natural, nosso patrimônio insubstituível do qual depende-se completamente. Em consequência, a saúde e o bem-estar estão gravemente ameaçados.

Empregando a expressão usada por Giddens (1991), o “industrialismo” utiliza nossas riquezas naturais para seu desenvolvimento, sendo que hoje desfruta da mais alta tecnologia em seus padrões de produção, afetando não apenas os locais de trabalho, mas influenciado sobremaneira toda a vida doméstica.

O industrialismo não deve ser compreendido num sentido muito estreito — como sua origem na "Revolução Industrial" nos tenta fazer crer, A expressão evoca imagens do carvão e da energia a vapor de uma grande maquinaria pesada chacoalhando em oficinas e fábricas encardidas. Não menos do que a tais situações, a noção de



industrialismo se aplica a cenários de alta tecnologia em que a eletricidade é a única fonte de energia, e onde microcircuitos eletrônicos são os únicos dispositivos mecanizados. O industrialismo, ademais, afeta não apenas o local de trabalho, mas os transportes, as comunicações e a vida doméstica (GIDDENS, 1991, p. 50).

Uma solução somente poderá ser alcançada se mudarmos a estrutura do sistema em que vivemos. A estrutura da própria rede de relações necessita ser mudada, o que implicará em transformações profundas em nossas instituições sociais, ideias e valores.

A lição trazida por Taciana Marconatto Damo Cervi assim afirma:

Destarte, a transição para uma forma sustentável de desenvolvimento necessita de décadas de esforço, reduzindo gradativamente as assimetrias entre países industrializados e o resto do mundo. Por isso, é um desafio planetário e requer estratégias complementares entre norte e sul para adoção de novos estilos de vida (CERVI, 2015, p. 267).

Trata-se o meio ambiente natural, a “teia da vida” (CAPRA, 1996, p. 230), como se ele fosse composto de partes separadas e, portanto, isoláveis e passíveis de exploração comercial e/ou pessoal ou mesmo por grupos específicos. Estende-se, ainda, essa nossa visão fragmentada, à sociedade humana que resta dividida em nações, raças e grupos religiosos ou políticos.

Devido ao fato de haver a crença nessa visão fragmentada, atualmente, muitos vivem alienados da natureza e dos demais seres humanos, sendo que tal perspectiva os diminui. Segundo Capra (1996, p. 230), “para resgatar a nossa humanidade, faz-se necessário recuperar nossa relação de conexão com toda a teia da vida”.

Retomar essa conexão com a “teia da vida” significa justamente construir, nutrir e educar comunidades sustentáveis a fim de satisfazer os desejos e as necessidades sociais, promovendo a complexidade da vida vindoura sem comprometer as possibilidades das gerações futuras.

Para CAPRA:

A evolução de uma sociedade, inclusive a evolução do seu sistema econômico, está intimamente ligada a mudanças no sistema de valores que serve de base a todas as suas manifestações. Os valores que inspiram a vida de uma sociedade determinarão sua visão de mundo, assim como as instituições religiosas, os empreendimentos científicos e a tecnologia, além das ações políticas e econômicas que a caracterizam. Uma vez expresso e codificado o conjunto de valores e metas, ele constituirá a estrutura das percepções, intuições e opções da sociedade para que haja inovação e adaptação social. À medida que o sistema de valores culturais muda – frequentemente em resposta a desafios ambientais -, surgem novos padrões de evolução cultural (CAPRA, 1982, p. 182).



Manter e preservar a interdependência em nossa sociedade representa entender e manter as relações. Assim, uma comunidade humana sustentável deverá estar ciente das múltiplas relações entre seus membros.

Os economistas das comunidades humanas tratam como bens gratuitos não apenas o ar, a água e o solo, mas também a delicada rede das relações sociais, que vem a ser seriamente atingida pela expansão econômica contínua.

Nesse sentido refere CAPRA:

A economia atual caracteriza-se pelo enfoque reducionista e fragmentário típico da maioria das ciências sociais. De um modo geral, os economistas não reconhecem que a economia é meramente um dos aspectos de todo um contexto ecológico e social: um sistema vivo composto de seres humanos em contínua interação e com seus recursos naturais, a maioria dos quais, por seu turno, constituída de organismos vivos. O erro básico das ciências sociais consiste em dividir essa textura em fragmentos supostamente independentes, dedicando-se a seu estudo em departamentos universitários separados. Assim, os cientistas políticos tendem a negligenciar forças econômicas básicas, ao passo que os economistas não incorporam em seus modelos as realidades sociais e políticas. Essas abordagens fragmentárias também se refletem no governo, na cisão entre política social e a economia e, especialmente nos Estados Unidos, no labirinto de comissões e subcomissões do Congresso, onde essas questões são debatidas (CAPRA, 1982, p. 180).

Os lucros são alcançados em detrimento do meio ambiente e da qualidade da vida às custas dos interesses das gerações futuras. Não há realimentação sistêmica e a educação ecológica informa que esse sistema não é sustentável.

Tais padrões produtivos ocasionam níveis de poluição de rios, lagos e mares e atingem a “produtividade sustentada dos recursos naturais nos ecossistemas naturais e aquáticos” (LEFF, 2002, p. 86).

A mudança do clima, a destruição da camada de ozônio, a degradação e perda da biodiversidade, a destruição de florestas, a desertificação e a destruição do solo, a degradação dos recursos hídricos, a degradação do meio ambiente marinho, a poluição transfronteiriça, entre tantos outros problemas ambientais são reflexos do atual padrão produtivo (FURRIELA, 2002, p. 24).

Os desmatamentos e a erosão dos solos são responsáveis pelo esgotamento dos recursos naturais do planeta, causando desestabilização de sistemas ecossistêmicos que são responsáveis pela produção e regeneração dos recursos naturais.

A tecnologia tem sido importante instrumento de propagação da racionalidade econômica predominantemente em uso, uma vez que estabelece eficácia entre conhecimento e rede de produção. Insere-se nos fatores de produção determinando os níveis dos meios de produtividade, bem como da



força de trabalho, deixando de fora do processo produtivo o homem e a natureza.

Faz-se necessária a implementação de uma racionalidade ambiental muito fortemente embasada nas condições ecológicas de cada comunidade e que vise aproveitar a realidade ecológica primária de cada ecossistema a fim de se dar sustentação a um novo processo de industrialização (LEFF, 2002).

Assim, a consciência ecológica e os processos ecológicos serão responsáveis pela implementação de valores naturais que, somados aos processos tecnológicos, transformarão em valores sociais a produção e a apropriação de conhecimentos, saberes e valores culturais das comunidades para a implementação da autogestão dos recursos produtivos.

Esta forma diferenciada de aproveitamento dos recursos naturais disponíveis representa uma forma de despertar a racionalidade ecológica que emerge da articulação dos níveis de produtividade existentes, associados à tecnologia e a cultura, integrando de forma harmônica os recursos produtivos.

Sendo assim, cada processo de produção dependerá das condições ecológicas, tecnológicas e culturais para ser implementado, sendo que a capacidade de produção dependerá da fonte de produção primária natural, sua capacidade e condições de sustentabilidade e da implementação dos arranjos produtivos. Isso determinará “as taxas ecológicas de exploração” (LEFF, 2002, p. 88) a serem cobradas da produção.

### **3 SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS EM SOCIEDADES MULTICULTURAIS**

A implementação de uma racionalidade ambiental significa a implementação e incorporação das condições ecológicas de produção, atenta à capacidade de regeneração dos recursos, assim como aos valores culturais e às motivações sociais. Nesse processo, ocorre simultaneamente a ecologização e a culturização do processo produtivo, o que transformará as relações sociais de produção.

Segundo Enrique Leff:

A racionalidade ambiental e a produtividade ecotecnológica emergem assim do potencial produtivo que gera a organização ecossistêmica dos recursos e a inovação de novos sistemas de tecnologia ecológica. Esta racionalidade gera e irradia novas forças produtivas por meio do ordenamento ecológico, da distribuição territorial e da reorganização social das atividades produtivas. Este processo afeta necessariamente a quantidade, a qualidade e a distribuição da riqueza por meio da socialização da natureza, e da descentralização das atividades econômicas, da gestão social da produtividade ecológica e dos meios tecnológicos, do respeito pela diversidade cultural dos povos e do estímulo a projetos alternativos de desenvolvimento sustentável (LEFF, 2002, p. 89).



Dessa forma, ao promover-se uma nova racionalidade ambiental que produz sem degradar a natureza faz-se a proteção de valores culturais e criam-se motivações sociais que atendem às comunidades, ao tempo que se geram novas organizações ecossistêmicas.

A criação de uma nova consciência ambiental, a racionalidade ambiental, não representa simplesmente a expressão de uma lógica, mas a adoção de um conjunto de práticas sociais e culturais diferenciadas que “darão sentido aos processos sociais realizáveis através de atitudes definidas em políticas públicas alcançadas pela participação dos sujeitos envolvidos” (FORTES, 2011, p. 157).

Será dessa forma que a construção da nova racionalidade ambiental será responsável pela implementação do diálogo dos saberes, quando serão confrontadas diferentes racionalidades e tradições, sendo que a racionalidade ambiental internalizará o saber ambiental nas ciências e, dessa forma, vai sendo alcançada uma nova racionalidade social (FORTES, 2011).

O manifesto<sup>6</sup> criado no Primeiro Fórum Intenacional “*Saberes para el cambio*” no qual foi discutido o papel de ciência e da arte ante a mudança global, organizado pela Universidad Internacional de Andalucía, na Espanha, no final de janeiro de 2008, refere que atravessamos uma problemática ecológica que também é política, econômica, cultural e social e que os modelos de desenvolvimento inadequados são em grande parte os causadores dessa crise, uma vez que a diminuição da diversidade biológica e cultural são as garantias consistentes de nossas perspectivas de futuro, sendo que as línguas e as palavras desaparecem num ritmo superior ao que se extinguem as espécies.

O referido manifesto defende que a ciência e a arte devem contribuir para a transição até a sustentabilidade. Permanecemos sem confrontar a relação da finitude da biosfera e nossos sistemas socioeconômicos em contínua expansão, impulsionados pela dinâmica de acúmulo de capitais, o que é criticado pelos ecologistas há décadas, sendo que, promover esta

---

<sup>6</sup> “Um mundo em crisis genera el cambio global, com altas cotas de azar e incertidumbre. **Atravesamos una problemática que es ecológica, pero también política, económica, cultural y social.** Los modelos inadecuados de desarrollo, son em gran parte causantes de esta crisis, y por tanto corresponde a la humanidad ser artífice de las soluciones. **Se está viendo mermada la diversidad biológica y cultural que constituye la garantía más robusta de nuestras perspectivas de futuro: las lenguas y las palabras desaparecerem incluso a um ritmo superior a la extinción de especies. La ciencia y la arte, que nos son neutrales, pueden y deben contribuir a una transacción a la sostenibilidad.** Seguimos sim afrontar el conflicto básico entre la finitude de la biosfera y noestros sistemas socioeconómicos em expansión continua, impulsados por l dinámica de acumulación del capital, que viene siendo criticada por el mundo ecologista, desde hace decênios. Afrontar el cambio requiere la construcción de nuevas miradas sobre el mundo. **Miradas creativas que nos permita interpretar lo que vemos y reconstruir los lazos que unen a las personas entre sí, y com la natureleza. Miradas creativas e integradoras capaces de alimbrar nuevos esquemas de pensamiento mestizo que nos enseñen a vivir enraizados em la tierra, respetándola, pisando ligeiramente sobre ella. Hay que cambiar para afrontar el cambio, celebrar la diversidad de todo o vivo y de la rica red de relaciones que lo constituye...**” (JIMENÉZ, 2008, p. 533, **Grifos do autor**).



confrontação representa construir novas formas de olhar sobre o mundo, olhares estes que permitirão criar laços que unem as pessoas em si e que serão responsáveis pela promoção da integração com a efetivação de pensamentos mestiços que ensinarão a viver enraizados na terra, respeitando-a. Defende que é preciso mudar e fomentar a mudança, celebrar a diversidade de tudo que é vivo, assim como toda a rica rede de relações que se estabelece.

Constata-se que a complexidade ambiental nos apresenta uma nova reflexão sobre a natureza do ser, do saber, do conhecer em face de sua interdisciplinaridade e na transdisciplinaridade geradas pelo diálogo dos saberes e a inserção do sujeito nos projetos de interesses ambientais que lhe atingem e, sobretudo, nas tomadas de decisões (JIMENÉZ, 2008).

A importância da participação democrática em assuntos pertinentes ao meio ambiente se dá através de espaços públicos de gestão, sendo “a educação ambiental a forma de mobilização e capacitação do cidadão para participar de projetos participativos e estratégicos” (LEITE; AYALA, 2002, p. 242).

O conceito de participação somente pode ser integralmente compreendido se professado em conjunto com outros como democracia, cidadania e direitos do cidadão. Entretanto, a participação apenas se tornará eficaz na medida em que o cidadão possui informação correta acerca do que se decide ou sobre as eventuais atividades que possam alterar ou modificar significativamente o seu meio ambiente. Portanto, a participação está intimamente atrelada ao acesso à informação (LEITE; AYALA, 2002).

É possível vislumbrar, ainda, que somente com uma democracia fortalecida alcançaremos uma “efetividade nos direitos da cidadania e da participação para fins de ser desenvolvida uma necessária consciência ecológica” (LEITE; AYALA, 2002, p. 241).

A democracia justamente respeita e difunde a cidadania na sua melhor forma, como a garantia de participação de todos os envolvidos nos processos de produção e, conseqüentemente, de extração do meio ambiente natural, o que vem a atingir diretamente o meio ambiente cultural de determinado do grupo.

Somente através dos institutos da democracia, da cidadania, da participação assim como através da educação voltada para a eficaz proteção ambiental é que se tem condições de promover a realização de políticas públicas que visem à utilização sustentável dos recursos naturais, transformando “a racionalidade hoje meramente produtiva; numa racionalidade ecológica produtiva sustentavelmente” (BRAVO, 2008, p. 81).

O que será demonstrado é que o direito ambiental nos apresenta relações de interdependências que ligam o homem e a natureza de forma interativa e dinâmica e que devem limitar o espaço de intervenção humana sobre o espaço ambiental.

Para Leite e Ayala:

*Ultrapassado a perspectiva restritiva de horizontalização do Direito Ambiental, como único paradigma que frequentemente se dispõe a*



explicar o fenômeno de sua *transdisciplinaridade* – através da revelação da necessidade de utilização de conceitos e elaborações científicas de conteúdo metajurídico -, pretende-se apresentar proposta *epistemologicamente diferenciada de leitura do ambiente pelo Direito Ambiental*, que deve ser, *também*, jurídica, mas *essencialmente ecológica*.” (LEITE; AYALA, 2002, p. 92, *Grifos do autor*).

Para tanto, faz-se necessária a redefinição do modelo de cidadania, no específico sentido de lhe atribuir qualidade que garanta a efetividade de direitos em busca do novo Estado de Direito Ambiental.

Essa cidadania se desenvolverá em meio à efetivação de complexo feixe de disciplinas e direitos que se relacionarão de formas interdependentes, sendo o direito à informação apenas um deles. Ou seja, a nova cidadania ambiental somente será alcançada dentro de uma democracia ambiental adequada à nova realidade jurídica ambiental (LEITE; AYALA, 2002).

Será justamente a partir da educação ambiental que ocorrerá o aprimoramento da participação da sociedade na gestão de recursos ambientais e, dessa forma, será alcançada a transformação da sociedade a fim de ser construído um novo modelo de desenvolvimento com foco na sustentabilidade.

Segundo Furriela (2002, p. 58) “a educação política do povo é indispensável à democracia e à cidadania”. Portanto, a educação ambiental faz parte da educação política de um povo e mostra-se indispensável para a gestão dos recursos ambientais que constituem bens de todo o povo, não pertencendo somente à presente, mas às futuras gerações e que, por isso, devem ser geridos de forma democrática.

O fato é que a racionalização dos processos produtivos, de reprodução cultural, de integração social e de socialização, da forma como vem ocorrendo, destradicionaliza a relação do homem consigo mesmo, dissociando-o de sua base cultural, atingindo-o na sua multiculturalidade.

O homem, ao ser obrigado a construir e a viver numa normatividade racionalizada, submete-se a um ambiente de ameaça ambiental que o perfil econômico e político-administrativo de massas impõe às comunidades, sendo essa a forma através da qual é atingido o meio ambiente natural e desrespeitadas as formas peculiares de organização social e econômica de cada grupo. Dessa maneira, esfacela-se não apenas o meio ambiente natural, mas também o multicultural.

Portanto, proteger e defender o multiculturalismo é uma forma de tutelar o meio ambiente natural de determinada comunidade, uma vez que o sistema econômico vigente submete a seus imperativos não só a natureza, mas a vida doméstica e o modo de vida de consumidores, empregados e empregadores, o que vem a gerar o consumismo, o individualismo, a degradação ambiental e, junto com ela, o desmantelamento e o esvaziamento de culturas de grupos, desintegrando a sociedade e gerando sentido de perda de comunidade, ou seja, causando desorientação social (HADDAD; GAVARELLO, 2010).

A ecologização se faz necessária para se garantir que as gerações futuras irão desfrutar de algum meio ambiente natural. A nova racionalidade





ambiental também garante a culturalização, na medida em que protege o meio ambiente natural dos grupos e a diversidade cultural ali existente.

O direito deve articular o vínculo social no qual está inserido e que o precede e o direito ambiental, enquanto ciência em formação depende de outra cultura jurídica que seja capaz de “compreender e efetivar a interdependência entre homem, sociedade e natureza” (CERVI, 2012, p. 105).

É possível afirmar que se promovendo a nova racionalidade ambiental se está protegendo e propagando uma nova racionalidade social, assim como o multiculturalismo, a fim de ser alcançado um Estado de Direito Ambiental.

Portanto, resta evidenciada a importância do papel das políticas públicas de participação cidadã na conciliação entre a realização das diretrizes da ordem econômica em consonância com a sustentabilidade ambiental na medida em que elas abarcam a legitimação concedida pelo cidadão.

Ao participar da elaboração das políticas públicas para o desenvolvimento sustentável, o cidadão concede legitimidade às decisões administrativas ao tempo que se insere no processo de realização das referidas decisões, garantindo-se, assim, a transdisciplinaridade intercultural das políticas públicas ambientais no processo de formação do pretendido Estado de Direito Ambiental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a premente possibilidade de esgotamento dos bens naturais em prejuízo não apenas das gerações existentes, mas também, das futuras é que foi escolhido este tema de estudo que mostra a fragilidade da relação promovida entre o homem e a natureza que é usada apenas como fornecedora de matéria prima.

O homem assume, mais uma vez o papel de predador implacável e, dessa forma, vem explorando e agredindo o meio ambiente que em dado momento se esgotará e, como resposta, negará o fornecimento de matéria natural, o que poderá atingir a sobrevivência da raça humana.

Sendo assim, ao desrespeitar a natureza, o homem atinge a si mesmo, na medida em que não consegue se vislumbrar como parte integrante do ecossistema que está sob constante agressão e, dessa forma, será diretamente alcançado pelas consequências.

A Constituição Federal estabelece a conciliação entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental através da disciplina do Artigo 225, mas na prática não vem ocorrendo assim.

A sustentabilidade resta relegada a instituto sem eficácia. A toda evidência, as leis ambientais existentes carecem de efetividade para fins de promover a pretendida tutela ambiental.

Cabe não apenas ao Estado promover uma maior atuação no sentido de estabelecer limites ao mercado econômico que se estabelece cada vez mais em detrimento do patrimônio natural existente, mas compete, também, a todo e qualquer integrante de uma comunidade que possui a faculdade e direito de participar das tomas de decisões ambientais.



As políticas públicas ambientais também necessitam de maior efetividade, sobretudo, as embasadas na participação democrática cidadã. As pessoas diretamente afetadas precisam ser levadas a participar das decisões e não, simplesmente, aceitarem atuações estanques das realidades de cada comunidade e que não contemplem a proteção ambiental.

Os poderes constituídos necessitam aceitar mais e melhor a política participativa na implementação das políticas públicas ambientais a fim de integrar a sustentabilidade da comunidade e o interesse econômico em jogo.

O fato é que para alcançarmos uma vivência ecológica é necessário reestruturar nossas comunidades educativas, comerciais e políticas de forma que os princípios da ecologia se realizem nelas de maneira natural e espontânea, efetivando uma nova comunidade voltada à tutela do patrimônio natural.

O homem deve buscar a harmonia entre o desenvolvimento e a preservação do meio ambiente, tendo em vista que tais fatores coexistem, sendo que homem e natureza são partes integrantes de um mesmo sistema onde, mais cedo ou mais tarde, a humanidade sofrerá as consequências da exploração indiscriminada dos recursos naturais existentes.

Entretanto, para que o desenvolvimento com sustentabilidade ocorra, faz-se necessária uma mudança paradigmática na maneira como a sociedade se posiciona com relação ao meio ambiente, devendo o ser humano tomar posse de sua responsabilidade para com a condução dessa problemática, sendo que o novo constitucionalismo latino-americano já nos contempla com formas significativas de valorização da natureza e da multiculturalidade, o que poderá representar um farol na condução dos novos rumos a serem seguidos.

## REFERÊNCIAS

ACHBAR, Mark; ABBOTT, Jannifer. **The Corporation**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Oh4GzGegio>> Acesso em 12/12/2015.

ALEXY, Robert. **Teoría General de los derechos Fundamentals**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

AMARAL, Ana Carolina. **As extremidades do evento climático**. Portal Envolverde Jornalismo e Sustentabilidade. Publicado em 03/12/2015. Disponível em: <<http://www.envolverde.com.br/1-1-canais/as-extremidades-do-evento-climatico/>> Acesso em: 04/12/2015.

ATHIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel; 2004, p. 309.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: Entre a ciência do direito e o direito da ciência, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Num. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, Salvador.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade**



**jurisdictional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional** - Ponderação, Direitos Fundamenta e relações Privadas, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência.** Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **A Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BERTALANFFY, L.V. **Teoria Geral dos Sistemas.** São Paulo: Vozes, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAVO, Alvaro Sánchez. **Políticas Públicas Ambientales.** Sevilla (Espanã). Arcibel Editores. 2008. Pg. 81-93.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Alameda, 1998.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida:** Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação:** A Ciência, a Sociedade e a Cultura emergentes. São Paulo: Editora Cultrix, 1982.

CERVI, Taciana Marconatto Damo. **O direito ambiental e a construção do paradigma ecológico.** In: BRAVO, Álvaro Sánchez; CERVI, Jacson Roberto (editores). Multiculturalismo, tecnologia y meio ambiente. Espanha: Ponto Rojo Libros, 2015.

CERVI, Taciana Marconatto Damo. **O direito ambiental e a ética da cidadania na transição paradigmática.** Rio de Janeiro. GZ Editora. 2012. p. 105.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Konrad Hesse:** uma Nova Crença na Constituição. Brasília: Rev. de Informação Legislativa, nº 110, 1991.

COMANDUCCI, Paolo, **Formas de (neo)constitucionalismo:** um análise metateórico, cit., p Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.Pdf>> Acesso em 25/08/2015.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Barcelona: Ariel, 1999.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La teoria del derecho em tempos de constitucionalismo.** In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo (s). 2º ed. Madrid: Trotta, 2003.



FORTES, Francieli Silveira. **A gestão ambiental e o exercício da cidadania participativa:** Desafio de novos constructos epistemológicos de proteção ao meio ambiente. *In:* CUSTÓDIO, André Viana; BALDO, Iumar Junior (Org). Meio Ambiente, constituição & políticas públicas. Curitiba. Multideia, 2011, pg. 157.

FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Si.** 24 de Maio de 2015. Tipografia do Vaticano. Disponível em: <[https://odnmedia.s3.amazonaws.com/files/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si\\_po20150618-150848.pdf](https://odnmedia.s3.amazonaws.com/files/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_po20150618-150848.pdf)> Acesso em: 20/03/2016.

FURRIELA, Rachel Biderman. **Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente.** São Paulo, Annablume: Fapesp, 2002.

GORCZEWSKI, Clovis; RITT, Leila Eliana Hoffmann. **O desenvolvimento sustentável e o meio-ambiente como forma de concretização dos direitos fundamentais de terceira geração.** *In:* REIS, Jorge Renato; GORCZEWSKI, Clovis (Orgs). A concretização os direitos fundamentais. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

GORCZEWSKI, Clovis; PEREIRA, Monique **El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano:** de colonialismo y derechos humanos. *In:* BRAVO, Álvaro Sanchez; CERVI, Jacson Roberto (orgs.) Multiculturalismo, Tecnología Y Medio Ambiente. Espanha: Punto Rojo Libros, 2015.

GIDDENS, Antony. **As Consequências da modernidade.** São Paulo. Ed. UNESP, 1991.

GIDDENS, Antony. **A Constituição da sociedade.** São Paulo. Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

GIDDENS, Antony. **Política, sociologia e teoria social.** São Paulo. Ed. UNESP, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988:** interpretação e crítica. São Paulo, 14<sup>o</sup> Ed. Ed. Malheiros. 2010.

HADDAD, Cecilia de Lara; GARAVELLO, Maria Elisa de Paula Eduardo. **Diferença e identidade no direito socioambiental contemporâneo:** uma análise das consequências da aplicação de normas jurídicas ambientais na manutenção da cultura quilombola. *In:* Revista do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado da Uri/Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo – v.1, n.1 (dez. 2006). Santo Ângelo: EDIURI, 2010. Pp. 35-48.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 38.



JIMÉNEZ, Ezequiel Martínez. **Políticas Públicas Ambientales.** In: BRAVO, Alvaro Sánchez. Políticas Públicas Ambientais. Sevilla (Espanã). Arcibel Editores. 2008. Pg. 533.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica.** São Paulo: Editora Atlas, 2010.

LEFF, Enrique. **Epistemologia Ambiental.** São Paulo. Cortez, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco.** Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002, pg. 92.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Sujeitos de pesquisa no ordenamento jurídico brasileiro: um exame civil-constitucional da autolimitação de direitos fundamentais.** In: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski de. Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais: visões interdisciplinares. Curitiba, 2008.

MASSINI, Carlos. **La teoria del derecho natural em el tempo pós-moderno.** Madrid: Cuadernos DOXA, n. 21, vol. II, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo. Ed. Saraiva, 2014.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento.** Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2011.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** Rio de Janeiro. Ed. Unesco, 2000.

MÖLLER, MAX. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. **Desenvolvimento sustentável: personagem de um novo campo socioambiental?** In: CASTELLANO, Elisabete Gabriela; ROSSI, Alexandre; CRESTANA, Silvio. Direito Ambiental: Princípios Gerais do Direito Ambiental, vol.1. Brasília: Embrapa.2014.

PRIETO, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RICHTER, Daniela; RODRIGUES, Lucas Mateus Canabarro. **As interfaces entre o neoconstitucionalismo e a questão ambiental na américa latina: o direito ao "bem viver".** Disponível em: <<http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wpcontent/uploads/2015/08/as-onterfaces-entre-o-neoconstitucionalismo-e-a>



questão-ambiental-na-america-latina.pdf. Acesso em: 18/11/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídica-constitucional necessária e possível.** *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual do Direito Ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos.** *In:* WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Os "Novos" direitos no Brasil natureza e perspectivas.* São Paulo: Saraiva. 2003.



**A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS E O INCENTIVO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL  
MEDIATION AS A METHOD ALTERNATIVE CONFLICT RESOLUTION  
AND ENCOURAGEMENT OF SOCIAL PACIFICATION**

*Artur B. da Rosa<sup>1</sup>;  
Alexsandra Gato Rodrigues<sup>2</sup>*

**RESUMO**

Como resultado do acúmulo populacional nos centros urbanos e da complexidade das relações humanas, sobreveio o aumento significativo dos conflitos interpessoais. No Brasil, o monopólio da prestação jurisdicional operou-se com a promulgação da Constituição de 1891. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional aliada a outros fatores, promoveu-se o acúmulo de processos no âmbito do Poder Judiciário, ensejando a crise que assola este Órgão. Assim, o presente artigo realizado através de pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, busca analisar de que forma a mediação poderá contribuir à efetivação do escopo magno da jurisdição, ou seja, a pacificação social, abordando questões como os conflitos, o monopólio da jurisdição, a crise do judiciário, as características inerentes ao processo de mediação, a divulgação e ampliação de políticas públicas a fim de ampliar a propagação e divulgação dos métodos alternativos de solução de conflitos, com forma de promover a pacificação social, a cidadania, a democracia e, secundariamente, a crise que assola o Poder Judiciário brasileiro.

**Palavras-Chave:** Conflito; Jurisdição; Pacificação; Mediação.

**ABSTRACT**

As a result of population accumulation in urban centers and the complexity of human relations, came the significant increase in interpersonal conflicts. In Brazil, the monopoly of judicial services operated with the promulgation of the Constitution of 1891. However, with the advent of the 1988 Federal Constitution and the principle of not divert the adjudication combined with other factors, was promoted to the backlog that under the judiciary, allowing for the crisis in this body. Thus, this paper carried out through

<sup>1</sup>Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito, Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. E-mail: artur.bapt.rosa@gmail.com

<sup>2</sup>Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Mestra em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), Especialista em Direito Constitucional Aplicado pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ), Advogada, Conciliadora Judicial e Professora do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ), endereço eletrônico: agato@unicruz.edu.br



literature, using the deductive method, seeks to examine how mediation can contribute to the realization of the magno scope of jurisdiction, ie the social peace by addressing issues such as conflict, the monopoly of jurisdiction, the judicial crisis, the inherent characteristics of the mediation process, the dissemination and expansion of public policies to broaden the spread and dissemination of alternative methods of dispute resolution, with a way to promote social peace, the citizenship, democracy and, secondly, the crisis in the Brazilian courts.

**Keywords:** Conflict; Jurisdiction; Pacification; Mediation.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os conflitos interpessoais são situações inerentes à pessoa humana que estão sofrendo um aumento gradativo no decorrer dos séculos, sobretudo após a Revolução Industrial, que fomentou o acúmulo populacional nos centros urbanos e conseqüentemente, a complexidade das relações humanas. Com o fenômeno da urbanização a ideia de poder ganha ênfase e passa a preponderar em detrimento da soberania territorial, abrindo caminho à Tripartição dos Poderes de Montesquieu.

No Brasil este modelo não ganhou efeito com a outorga da Constituição de 1824, mas a Tripartição de Poderes constitui-se de fato com a promulgação da primeira Constituição da República do Brasil, ou seja, a Constituição de 1891, a qual trouxe em seu texto a instituição do Poder Judiciário Brasileiro. A partir deste momento, o Estado brasileiro detém o monopólio da jurisdição através de um órgão oficialmente constituído.

Apensar dos métodos autocompositivos estarem presentes desde a Constituição de 1824, o modelo tradicional baseado no método tradicional sempre foi priorizado no país, como forma adequada de resolver os problemas oriundos dos conflitos interpessoais no seio da sociedade. Em contrapartida, na década de 1970 países como Estados Unidos da América, já abriam caminhos para os métodos alternativos de solução de conflitos, onde conquistaram seu espaço e são prioridades.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que elencou o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) no rol dos direitos e garantias fundamentais, sobreveio uma sobrecarga de processos que cresce anualmente e provoca o congestionamento do Poder Judiciário brasileiro, que não consegue efetivar o princípio da razoabilidade da duração do processo. Outras razões contribuíram significativamente para o aumento de demandas no país, como por exemplo, a formação acadêmica voltada aos métodos contenciosos e adjudicatórios e o desmazelo do Estado com os meios autocompositivos.

Por tais razões junto com a cultura demandista ou cultura da sentença que rendeu ao Poder Judiciário entre os anos de dois mil e nove e dois mil e treze, um acréscimo de doze milhões de processos, instaurou-se a crise do respectivo órgão. Somente no ano de dois mil e quatorze iniciou com mais de





setenta milhões de processos, todos voltados para os meios contenciosos. Este fator despertou o interesse de especialistas no assunto, bem como do Conselho Nacional de Justiça que passou a promover a divulgação e utilização dos métodos autocompositivos, inclusive a mediação através de Políticas Públicas como a Resolução 125/2010 – CNJ, que posteriormente, se fortaleceu com a vigências das Leis 13.105/15 e 13.140/15.

Neste contexto embora não seja novo, o instituto da mediação ganhou relevo e passou a ser tema pautado junto aos demais meios de solução adequada e alternativa de conflitos, tendo em vista a capacidade de resolver os conflitos interpessoais de forma definitiva através de suas peculiaridades, tais como a flexibilidade, a confidencialidade, a confiança, o empoderamento, e sobretudo o restabelecimento do diálogo entre as partes, com o objetivo de pôr fim definitivamente na animosidade entre os mediados e, de tal forma, auxiliando na efetivação do escopo magno da jurisdição, a pacificação social.

Assim, a partir de pesquisa bibliográfica e análise de dados do Conselho Nacional de Justiça, o presente artigo tem como problema de pesquisa saber se a mediação a partir da resolução 125 do CNJ contribuiu à efetivação da pacificação social.

Para tanto visa analisar alguns pontos relevantes acerca do tema em comento, tais como os conflitos inerentes à pessoa humana, o conceito e o papel da jurisdição, a influência de alguns fatores na cultura demandista, a crise do Poder Judiciário brasileiro, a mediação e suas peculiaridades, características, métodos e capacidades na resolução definitiva do conflito e a influência dos operadores do direito para uma nova visão.

A metodologia utilizada é o método dedutivo de onde, busca-se estudar as políticas públicas inerentes à ampliação e divulgação dos métodos alternativos de solução conflitos voltadas à mediação, bem como o papel da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, do Marco Legal da Mediação e do Novo Código de Processo Civil na estruturação deste procedimento, através de uma pesquisa bibliográfica.

O presente artigo está estruturado em duas partes. Na primeira se objetiva estudar alguns aspectos importantes acerca dos conflitos interpessoais, e como a ideia de política-jurídica, se destacou em face da soberania territorial. Outrossim, visa abordar a origem, o conceito e a importância da jurisdição à manutenção da paz social. Ainda na primeira parte verificar-se-á a crise que assola o Poder Judiciário brasileiro, e uma análise das características inerentes ao processo de mediação. No segundo capítulo será analisado a influência e a importância das políticas públicas voltadas à ampliação e divulgação dos métodos alternativos de solução de conflitos, que ensejaram a criação dos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania, bem como a relevância destes à ampliação da cidadania e democracia do país.

## **1. ASPECTOS RELEVANTES ACERCA DA MEDIAÇÃO E A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO**

A convivência do homem com seus semelhantes está intrinsecamente ligada à sua necessidade de consecução dos seus objetivos de ordem material



e social, impulsionada pela característica natural de favorecer o convívio em sociedade (DALLARI, 2013, p. 23).

Entretanto, em decorrência da pluralidade de interesses, da liberdade de expressão, das crenças, bem como de uma série de peculiaridades inerentes à personalidade da raça humana, o homem põem-se em direção contrária aos demais, estabelecendo algo que jamais será elidido do âmbito social, os conflitos interpessoais (VASCONSELOS, 2015, p.22), situações inevitáveis fomentadas pela insatisfação das necessidades pessoais (LUCIARI, 2012, p. 5).

Segundo Miranda (2012, p. 01) tudo começa pelo conflito, palavra derivada do latim *conflictus*, *confligere*, que significa oposição, embate, encontro ou pendência. Classifica o conflito como um fenômeno subjetivo, muitas vezes inconsciente ou de difícil reparação. Ressalta que todas as situações envolvendo conflitos provém de forças antagônicas que perturbam as ações ou decisões de determinadas pessoas ou grupos.

Com efeito, o ser humano na sua essência é auto-organizado, conforme ambiente em que vive. No decorrer de sua vida enfrenta a complexidade do contexto social, onde procura adaptar-se e estabelecer uma relação de reciprocidade, a fim de aperfeiçoar as relações interpessoais e solucionar os problemas oriundos das disparidades existentes no convívio social, pois é inviável conviver em sociedade sem submeter-se aos conflitos (NUNES, 2016, p. 144).

Segundo Vasconcelos, (2015, p. 22-28) os conflitos vivenciados pelos povos nômades, eram mediados por lideranças comunitárias no seio da própria comunidade, mas a partir da revolução agrícola a violência tornou-se instrumento de poder dos senhores feudais e o direito tradicional substituiu a coercitividade difusa das sociedades primitivas.

Tendo em vista que durante a fase primitiva inexistia a figura de um Estado capaz de impor o direito sobre as vontades oriundas das individualidades do homem, tampouco haviam leis gerais e abstratas para normatizar e regular os interesses destes particulares, o homem buscava satisfazer suas pretensões através do uso da força, inclusive com a vingança privada. Quando o Estado passou a exercer o *jus punitiois*, o fez sem a intervenção de órgãos ou terceiros imparciais, durante um regime que ficou caracterizado com o autotutela ou autodefesa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 40-45).

No entanto, a partir do século XVIII com o advento da Revolução Industrial, a ideia de poder ganha força no âmbito urbano e o conceito de território/soberano foi sendo substituído por território/riqueza. A partir deste momento os conflitos se ampliaram significativamente, sobretudo pela expansão da escrita através da imprensa nos centros urbanos. Ademais, a ideia de uma instituição político-jurídica passou a preponderar em detrimento da soberania territorial, e a difusão do conhecimento propiciou as condições necessárias à instituição da Tripartição de Poderes de Montesquieu (VASCONSELOS, 2015, p. 29-30).

Klunk (2012, p. 63) aduz que:



[...] inicialmente não existia uma organização estatal e o mais forte vencia através da força. Após, com a institucionalização do Estado, surge a forma hierarquizada de solução de conflito. Ou seja, foi entregue ao Estado o poder de solucionar o litígio.

A partir do momento em que o Poder Judiciário foi instituído como órgão do Estado, o direito passou a exercer sua função de caráter de regulamentadora no contexto social, resolvendo conflitos e impondo decisões através da função jurisdicional, a fim de harmonizar as relações interpessoais e promover o seu objetivo fundamental, a pacificação social (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO 2015, p. 45-46).

No que toca ao conceito de jurisdição Neves (2016, p.01) define-a como sendo “a atuação estatal visando a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando como tal a pacificação social”.

Já para Luchiari (2012, p. 48) a jurisdição é poder, função e atividade. O poder consiste na capacidade estatal de decidir e impor decisões. A função constitui-se pelo ônus de promover a pacificação dos conflitos interpessoais aplicando um direito justo por meio do devido processo legal, e por último, a atividade, que se traduz pelo conjunto de atos praticados pelo juiz, a fim de atingir a finalidade do processo.

É sabido que a jurisdição é fator imprescindível para assegurar a tranquilidade social, pois afasta dos cidadãos a obrigação de resolver seus conflitos pessoalmente com o uso de armas ou da própria da força. Outrossim, é dever do Poder Judiciário, compor os conflitos sociais e interpessoais através da jurisdição sempre com o objetivo de promover a pacificação social (BACELLAR, 2012, p. 19).

No Brasil o modelo de um Poder Judiciário autônomo baseado na Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu concretizou-se através da organização dos poderes com o advento da Constituição de 1891 ao estabelecer no corpo do art. 15 que “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (LENZA, 2013 p. 108).

Acerca do tema, o magistério de Silva:

A jurisdição hoje é o monopólio do Poder Judiciário do Estado (art. 5, XXXV). Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se *jurisdições feudais* e *jurisdições baronais*. Lembre-se de que os donatários das Capitânicas Hereditárias no Brasil colonial dispunham da *jurisdição civil e criminal* nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a *jurisdição eclesiástica*, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado (SILVA, 2013, p. 560).



Segundo Santanna (2013, p. 4 *apud* BOAVENTURA SANTOS 2007, p. 11) durante parte do século XX o Poder Judiciário foi considerado um órgão colaborador do Poder Executivo, tendo em vista a preocupação dos países latino-americanos com o desenvolvimento do Poder Executivo. Assim, o juiz era visto com mero aplicador da lei. Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que o Poder Judiciário passou a ser protagonista do cenário público.

No entanto, com o monopólio da função jurisdicional, o Estado brasileiro não conseguiu efetivar-se como um órgão eficiente na resolução de litígios, nos aspectos qualitativo e quantitativo, devido a burocracia e ao formalismo processual aliado à complexidade das demandas (SPENGLER, 2016, p. 15).

Salienta-se que ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 assegurou o devido processo legal e a razoável duração do processo, fomentou o acesso aos tribunais (CABRAL, 2014, p. 31). Então, abriu-se as portas à cultura demandista, obrigando o Poder Judiciário a analisar questões descabidas de judicialização (SPENGLER; BEDIN, 2013, p. 11), promovendo a denominada cultura do ganha-perde, que atualmente está arraigada no contexto social (NUNES, 2016, p. 34).

Esta cultura prepondera porque o ser humano não foi instruído a resolver os litígios de forma pacífica, mas ao invés de procurar fazer justiça com as próprias mãos, pleiteia seu direito perante o Estado, através dos advogados, com o intuito de ver suprida a lesão causada pela ação ou omissão de outrem (MIRANDA, p. 2, 2012).

Destarte, denota-se que a solução adjudicada de conflitos prepondera no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, dando vazio à denominada cultura da sentença, que tem como corolário o aumento gradativo da quantidade de demandas, inclusive execuções, congestionando as Instâncias ordinárias e Tribunais Superiores em detrimento do exorbitante número de recursos (WATANABE, 2010, p. 2).

Acerca deste perfil litigante do Poder Judiciário Spengler (2016, p.108) assenta que:

O Poder Judiciário tradicional, quando acionado, em tais circunstâncias, tende a distanciar ainda mais estas pessoas, eis que tem um perfil litigante, composto de duas partes combatentes. Ao final apresenta-se um ganhador e um perdedor, vinculados por uma resposta prevista pelo sistema jurídico

Cabe mencionar o papel dos advogados no crescimento do processo de judicialização. Estes profissionais preferem e promovem o modo adjudicatório ao invés do consensual (BACELLAR, 2012, p. 86). Parte da resistência dos advogados advém da visão equivocada vinculada a uma ideia de pecúnia, ou seja, veem o método adjudicatório como meio de subsistência (LUCHIARI, 2012, p.46), sem perceber que a imposição de uma decisão não se resume na melhor forma de resolver o litígio (KLUNK, 2012, p.68).

Em que pese tal responsabilidade dos advogados, verifica-se outrossim a importância de um novo comportamento acerca do tema, desapegado do



pensamento tradicional inserto na estrutura processual brasileira, baseado na cultura do ganha-perde, trabalhada com assiduidade na formação dos cursos de Direito e nas lidas forenses (SPENGLER, 2016, p. 130).

Neste sentido, salienta-se que apesar da mediação não ser novidade no Brasil, onde está presente desde a Constituição de 1824, vislumbra-se um crescimento gradativo do Instituto no país. Frente a crise que assola o Poder Judiciário brasileiro os métodos alternativos ganham ênfase e conquistam seu espaço por meio da capacidade de resolver litígios de forma rápida e definitiva, suprimindo as lacunas deixadas pelo método tradicional aplicado no Poder Judiciário (FARIAS, 2015, p. 2-6).

Embora o descongestionamento do Poder Judiciário não seja caráter primário do processo de mediação, enfatiza-se que influenciará indiretamente no respectivo órgão. Assim, diante a adoção dos métodos alternativos de solução consensuada, sobretudo a mediação, substitui-se a cultura do ganha-perde pela cultura do ganha-ganha, mudando o paradigma da litigiosidade e da judicialização, consoante os grandes sistemas processuais modernos, que dão primazia à resolução definitiva do conflito (FERRAÇO, 2016, p. 6).

Para Luchiari (2012, p.47 *apud* GRINOVER 2007-b, p.18-21) o renascimento dos métodos alternativos frente a crise do judiciário tem caráter funcional, social e político. Funcional porque fomentará o desempenho e a funcionalidade da justiça, visando a pacificação social. Já o caráter político fundamenta-se pela participação popular na administração da justiça.

Acerca do assunto Vasconcelos (2015, p. 47) aduz que:

A mediação de conflitos, enquanto trato intersubjetivo, transdisciplinar (sensitivo/emotivo/cognitivo), método empírico em sua interdisciplinaridade, vai facilitar o encontro de soluções consensuadas, legítimas, mas que precisam de ser compreendidas, interpretadas e decididas no âmbito de um sistema jurídico necessariamente democrático. A mediação dignifica e humaniza os processos de solução de disputas, que ainda são vistos, na perspectiva do reducionismo positivista, como técnicas de uma metodologia dogmática, formal.

Neves, (2016 p. 6-7), conceitua a mediação como uma forma de resolução consensual de conflitos baseada na vontade das partes, direcionada para casos em que há um liame anterior, ou seja, um vínculo continuado entre os mediandos antes do surgimento da lide.

Consoante Luchiari, (2012, p.21), a autodeterminação das partes é imprescindível à mediação, tendo em vista que é um procedimento voluntário, em que as partes escolhem o mediador, o procedimento a ser seguido e manifestam livremente a vontade em celebrar o acordo. Destaca-se que independentemente do procedimento adotado, os mediandos nunca serão adversários mas sim corresponsáveis pela solução da disputa (VASCONSELOS, 2015, p. 57).



Entretanto, no que toca ao procedimento a ser adotado à solução do conflito na mediação judicial ou extrajudicial, enfatiza-se que embora a lei seja omissa acerca do assunto, cabe aos Centros ou mediadores a indicação do mais adequado à realidade do caso concreto. Embora a mediação goze de flexibilidade, deve seguir alguns modelos procedimentais como Tradicional-Linear de Harvard, Transformativo de Bush e Folger e Circular-Narrativo de Sara Cobb (NUNES, 2016, p. 53).

No modelo Tradicional-Linear de Harvard ou Mediação Facilitativa, após ouvir as partes, o mediador cria um contexto favorável ao diálogo, a fim auxiliá-las na busca do consenso de forma livre. O modelo Circular-Narrativo prioriza o diálogo e a reflexão entre as partes, visando a mudança da relação dos mediandos, elegendo como pressuposto a narração de histórias. No modelo Transformativo visa-se a transformação da relação entre as partes, através do empoderamento e do reconhecimento do coprotagonismo do outro (NUNES, 2016, p. 54).

Segundo Luchiari (2012, p. 28) a utilização da mediação pelos operadores do Direito em diversos setores, sobretudo nos Estados Unidos da América originou o modelo Avaliativo. Nesta escola o mediador é o responsável por alertar as partes acerca dos possíveis resultados da demanda, sugerindo possíveis soluções, caso se trate de processo judicial, bem como destacar os pontos inerentes às posições apresentadas pelos mediandos. No entanto, enfatiza que é melhor desconsiderar a existência de um modelo Avaliativo, mas sim híbrido, no qual a mediação inicia-se pelo procedimento facilitativo e termina com a avaliação neutra, com uma breve análise das questões apresentadas acerca do conflito (LUCHIARI, 2012, p. 30).

Menciona-se que independentemente da escola adotada, o procedimento exige o comprometimento do mediador, tendo em vista o ônus que lhe incumbe, ou seja, de ampliar o foco dos mediandos sobre o conflito, facilitar o diálogo e construir pontes (NUNES, 2016, p. 148), inclusive com o auxílio de outros profissionais graduados e qualificados, de confiança dos interessados, a fim de garantir a segurança, a qualidade e o êxito do procedimento (NEVES, 2016, p. 10).

Com efeito, tal êxito depende de uma comunicação construtiva, pacifista, conciliatória e positiva, estabelecida através de um conjunto de habilidades e técnicas capazes de criar e fomentar a confiança, a colaboração e a empatia dos envolvidos desde o início do procedimento de mediação (VASCONSELOS, 2015, p. 150), quando ocorre o *rapport*, ou seja, o primeiro contato entre as partes e o mediador, oportunizando-se um elo de confiança, através da sintonia, da confiança e da empatia (SPENGLER, 2016, p. 49).

Nunes (2016, p. 225) afirma que:

A construção de uma relação de confiança é essencial em qualquer processo autocompositivos. A confiança significa, como já vimos, “ter fé” ou “acreditar”, ou seja, ela é construída com base nos valores da verdade, da confidencialidade, da boa-fé e da assertividade, pois os meios autocompositivos não podem compactuar com artimanhas,



dissimulações, ironias ou hipocrisias, ensinamento elementar de Gandhi.

A certeza desses valores gera um grau de segurança entre os envolvidos e este é um desafio do mediador: inspirar confiança em todas as fases da mediação.

Cabe ao mediador possibilitar que as pessoas se sintam bem e incluídas; manter o bom clima dos trabalhos; cuidar da confiabilidade do processo; estimular as partes para uma boa recontextualização do conflito e das questões; e dar suporte aos envolvidos para encontrar os seus caminhos

Nesta senda, sobressaem os princípios da confidencialidade e da boa-fé, sendo este o princípio da ética, da verdade, que afasta qualquer elemento capaz de eivar o procedimento (NUNES, 2016, p.62). Já aquele, assegura o sigilo das informações reveladas no decorrer do processo de mediação, inclusive a exibição de documentos, salvo as exceções prevista em lei (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p. 62).

Outrossim, menciona-se a relevância dos princípios da voluntariedade e autonomia da vontade das partes, os quais se complementam e garantem a livre e espontânea vontade dos mediandos e que, em harmonia com os princípios da oralidade e informalidade, asseguram a flexibilidade e humanização de todo o procedimento através das técnicas aplicadas pelo mediador, que embora atue com independência, está restrito ao princípios da imparcialidade e isonomia das partes, sempre visando a busca do consenso (NUNES, 2016, p. 58-63).

No entanto, é ônus do mediador informar aos mediandos, os objetivos do processo de mediação, bem como assegurar-lhes a assessoria por advogados ou defensores que informem os direitos perante o caso em análise (HALE; PINHO; CABRAL, 2015, p. 65).

Além do *rapport*, outras técnicas inerentes ao procedimento de mediação merecem a atenção do mediador, tais como o resumo, a paráfrase, as perguntas abertas e fechadas, a identificação de questões, interesses e sentimentos, a resolução de questões relevantes, o silêncio moderado e o afago quando necessário, a inversão dos papéis entre os mediandos, bem como a identificação e geração de opções, a escuta ativa e a despolarização do conflito (SPENGLER, 2016, p.49-65).

Em que pese as perguntas realizadas pelo mediador durante o processo de mediação, enfatiza-se que possuem caráter esclarecedor e de contextualização que podem ser abertas ou fechadas, mas sempre aplicadas de forma circular, ou seja, vinculando-se com as narrativas anteriores. Logo, tem-se que a técnica das perguntas em conjunto com a escuta ativa mostra-se imprescindível para o êxito do procedimento porque fomenta a transformação e a compreensão (VASCONSELOS, 2015, p. 155-159).

Percebe-se que devido às suas técnicas e peculiaridades sobressai a relevância e vantagem da mediação, pois permite uma análise profunda do conflito envolvendo passado, presente e futuro através de interconexões de



saberes e análises, com o auxílio de uma multidisciplinaridade que abarca direito, filosofia, sociologia, psicologia, comunicação, tornando o procedimento humanizado, flexível, objetivo e conseqüentemente exitoso na resolução definitiva dos conflitos interpessoais, sempre com vistas à pacificação social (NUNES, 2016, p.130).

Todavia, a falta de uma política pública no âmbito federal voltada ao incentivo e divulgação dos métodos consensuais de resolução de conflitos, inclusive da mediação que operava diante de uma estrutura sem planejamento e organização, poderia condená-los ao fracasso e descrédito. Logo, a organização e estruturação por um órgão de destaque em âmbito nacional foi uma medida necessária tomada pelo Conselho Nacional de Justiça através da Reforma do Judiciário, que estabeleceu uma nova política de tratamento e solução de conflitos de interesses com incentivo aos métodos autocompositivos, dando ensejo à Resolução nº 125\2010 do Conselho Nacional de Justiça (LUCHIARI, 2012, p. 81), o que será analisado no próximo capítulo deste trabalho.

## **2. ABORDAGEM DA MEDIAÇÃO A PARTIR DA RESOLUÇÃO 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.**

A partir dessa concepção o Ministro Cezar Peluzo em seu discurso no dia 28.11.2011 preconizou a importância da missão básica do Poder Judiciário na defesa dos direitos do cidadão, bem como da divulgação e ampliação dos métodos alternativos de solução de conflitos através dos Centros de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania como instrumentos de incentivo à pacificação social e a garantia da democracia no século XXI.

Tal política que foi inserta através das Reforma do Judiciário compatibiliza-se com as novas tendências mundiais. A respeito do assunto Cabral (2014, p. 183 *apud* GOMES 2012, p.200) assevera que:

Examinado os modelos de reformas propostos aos sistemas de justiça no mundo, Conceição Gomes aponta a tendência da propagação de um grupo de reformas que prevê a elaboração de alternativas ao modelo centrado nos tribunais judiciais, desenvolvendo-se um amplo processo de desjudicialização de determinadas condutas e determinados conflitos que, em regra, são transferidos para outras instituições da administração pública ou para instituições extrajudiciais de resolução de conflitos a criar ou já existentes na comunidade que substituam ou complementam, em áreas determinadas, a administração tradicional da justiça, tornando-a em geral, mais rápida, barata e acessível.

Considerando os obstáculos vinculados à dificuldade de acesso ao Poder Judiciário pelas comunidades de baixa renda, vislumbra-se que tais políticas contribuíram para a aproximação das classes menos favorecidas com as instituições do país, fomentando o processo democrático brasileiro (WALTRICH, 2012, p. 82).





Para Junqueira (2014, p. 35) a Resolução 125\2010 do Conselho Nacional de Justiça foi adotada em consonância com a terceira onda de acesso à justiça, tendo em vista seu caráter de incentivo à utilização dos novos mecanismos processuais e dos métodos alternativos de solução de conflitos. Verifica-se o grande avanço brasileiro no que concerne à pacificação social e responsabilidade com a democracia.

Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 12) o interesse no acesso à justiça no mundo ocidental considerou três posições básicas, denominadas ondas, sendo que primeira trata da assistência judiciária para os pobres e a segunda visa tutelar os interesses difusos, sobretudo nas áreas atinentes à proteção ambiental e do consumidor. Entretanto, somente a partir da terceira onda que a medida se consolidou, pois além de abarcar as anteriores, esta visa atacar os obstáculos que impedem o acesso à justiça por parte dos cidadãos.

Com efeito, este objetivo está expresso no art. 1º da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, de forma a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Luchiari (2012, p. 85-86) ressalta outro objetivo importante desta Política Nacional, que consista em mudança do pensamento dos operadores do Direito acerca da mediação, entre eles advogados, defensores públicos, promotores de justiça, juízes de direito, procuradores e entre outros, a fim de atingir o escopo magno da jurisdição, ou seja, a pacificação social. Enfatiza ainda, que tal efetivação exige destes profissionais a preocupação com a litigiosidade remanescente, pois nem sempre é pautada no processo judicial, seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada ou não ter sido abordada no processo judicial. Cintra; Grinover; Dinarmaco (2015, p.46) aduzem que:

A pacificação mediante a solução de conflitos é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual – uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício [...]o Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para realização da justiça.

Para Nunes (2016, p. 138), o comportamento dos advogados em relação aos métodos alternativos, inclusive a mediação dependerá da quebra de um paradigma instituído pelo costume com os meios adjudicatórios. Aponta que esses modelos mentais são verdadeiros óbices à conquista de algo novo, pois evitam que o profissional saia da zona de conforto, constituída pelos métodos tradicionais.

Nesta senda, é imperioso destacar o papel da advocacia colaborativa, oriunda do direito norte-americano. Em tal modalidade realiza-se um pacto consensual entre advogado e cliente, no qual fica pactuado que não haverá atuação judicial, mas sim a facilitação da solução do conflito através do



métodos consensuais. Assim, as questões trazidas pelos clientes serão trabalhadas sob o manto dos meios alternativos, ficando os advogados envolvidos, proibidos de atuar em juízo, caso o conflito não se resolva. Contudo, menciona-se que a advocacia colaborativa admite a contratação de terceiros (*coaches*) para auxiliar no processo (VASCONSELOS, 2015, p. 83).

Além da mudança dos operadores do direito acerca do uso da mediação, a Resolução 125\2010 do Conselho Nacional de Justiça promove de forma secundária a diminuição do número de processos no âmbito do Poder Judiciário, tendo em vista que os conflitos passam a ser resolvidos definitivamente através do processo dos meios autocompositivos, sobretudo a mediação (SPENGLER, 2016. p. 71).

Com vista à esta nova perspectiva, bem como no intuito de estabelecer um novo paradigma no âmbito do direito processual civil, o legislador fomentou ampliou a aplicação da mediação através da Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) (TARTUCE, 2013, p. 2).

Corroborando esta ideia, Vasconselos (2015, p. 87) aduz que:

Os §§ 2º e 3º consubstanciam o cerne da mudança de paradigma do processo civil brasileiro. Os métodos consensuais saíram daquela situação subalterna, aviltada, intuitiva, estigmatizada, como eram praticados sob o paradigma formalista do CPC anterior, para a condição de instrumentos do princípio da promoção da paz, ou da pacificação, tal como lhes reservara, implicitamente, a Constituição Federal de 1988.

Conforme se depreende do art. 3º, §§ 2º e 3º do novo diploma legal, o Estado promoverá sempre que possível a solução consensual de conflitos e, a conciliação, a mediação e outros métodos consensuais deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo.

Assim, denota-se que ao contrário do pensamento de muitos profissionais do direito, a mediação não tem como escopo desconstruir o processo civil, tampouco menosprezar ou reduzir a importância do trabalho exercido pelo Poder Judiciário. Busca-se promover um método alternativo, flexível, alicerçado no diálogo, como fator de agregação social e, como reflexo secundário, a redução do exorbitante número de demandas no Poder Judiciário, fortalecendo sua credibilidade diante o respeito ao princípio da razoável duração do processo e promovendo a pacificação social (LUCHIARI, 2012, p. 54-55).

Acerca do tema, é forçoso mencionar o papel dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania, que embora já tivessem ganhado ênfase com o advento da Resolução 125\2010 do Conselho Nacional de Justiça, se tornaram ainda mais relevantes após a vigência das Leis 13.105/15 e 13.140/15 (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 480-481).

A lei 13.140/15 no art. 24 reforça a ideia de criação dos Centros de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania no âmbito dos Tribunais,



responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, sejam elas pré-processuais ou processuais.

Segundo Nunes (2016, p. 45-48) os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania fazem parte de uma realidade cada vez mais presente no país. São locais construídos para efetivação de acordos facilitados envolvendo demandas pré-processuais e processuais. Aponta para importância e o sucesso destes Centros, que inclusive estão promovendo a adoção de políticas semelhantes por outros órgãos como o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Concebe-se que os Centros de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania implantados no Brasil visam uma política semelhante àquela instaurada nos Estados Unidos da América por meio do sistema Tribunal Multiportas. Nesta modalidade, o Poder Judiciário atua como um centro de resolução de disputas com diversos procedimentos, adequados para cada situação. Tal fator ocorre através de uma triagem realizada por pessoas especializadas quando o cidadão procura o Poder Judiciário para dirimir um conflito (LUCHIARI, 2012, p. 102-106).

Neste sentido, Vasconcelos (2015, p. 81) assevera que:

Percebe-se que esses múltiplos métodos, além de serem vistos como modos que concorrem para a redução da sobrecarga dos mecanismos adjudicativos, contribuem para o empoderamento e a satisfação dos vários protagonistas. Enfim, a administração cooperativa do conflito, inclusive no ambiente judicial, passa a ser questão central, num processo em que o juiz e demais operadores da justiça contribuem para que as partes e os advogados dialoguem, no campo de suas contradições, contando com o apoio de mediadores, com vistas ao entendimento de reais necessidades a serem contempladas pela decisão, que deve ser, sempre que possível, consensuada

O Novo Código de Processo Civil instituiu política semelhante no art. 334 ao estabelecer que o juiz, desde que o processo admita autocomposição, deverá designar audiência de conciliação ou mediação, caso a petição inicial preencha os requisitos essenciais e não seja caso de improcedência liminar do pedido, todavia, em harmonia com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

Segundo dados do Justiça em Números, parecer realizado pelo do Conselho Nacional de Justiça, o número de demandas durante o período estabelecido entre os anos de 2009 e 2013 cresceu no percentual de 3,4% ao ano. Em 2013 iniciou com 66,8 milhões e foram ajuizadas outras 28,3 milhões no decorrer do ano. O último parecer da Justiça em Número referente ao ano de 2014, informa que o Poder Judiciário iniciou com 70,8 mil e terminou com 71,2 milhões de ações.

Assim, verifica-se que a política implantada através da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça ganhou ênfase e está conquistando seu espaço no âmbito judicial. Consoante os dados do próprio Conselho Nacional de Justiça, somente no ano de 2015 os Centros Judiciários de



Resolução de Conflito e Cidadania e os Núcleos Permanentes de Mediação e Conciliação evitaram pelo menos duzentos e setenta mil processos no âmbito do Poder Judiciário. Outrossim, destaca que já foram criados quinhentos Centros no país.

Ademais, em que pese a mediação especificamente, o Conselho Nacional de Justiça reitera que com o advento do Novo Código de Processo Civil o uso da mediação teve crescimento, principalmente nas demandas envolvendo família.

Para Gimenez (2016, p. 167 *apud* BUCCI 2006, p. 46) a evolução da formulação política pública como um programa de ação governamental realiza-se através de um conjunto de processos regulamentados para coordenar os meios à disposição da máquina estatal e as atividades privadas, realizando as metas socialmente relevantes e as políticas determinadas. Portanto, denota-se que uma política pública traz consigo os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público pretende atingir por meio daquela ação.

Depreende-se, que o Brasil realçou um novo modelo no Poder Judiciário, um sistema mais humanizado, flexível, capaz de resolver definitivamente os conflitos interpessoais, evitando o ajuizamento de novas demandas. Ademais, vislumbra-se que aos poucos os cidadãos e os profissionais do direito estão aderindo as políticas do Conselho Nacional de Justiça. Destarte caminha-se rumo à pacificação social com respeito aos direitos humanos.

Segundo Moreira (2007, p. 108 *apud* SALES 2007, p. 38) o respeito aos direitos básicos do ser humano, é requisito imprescindível à concretização da paz social, já que evita a violência e o desrespeito com o homem. Outrossim, a oportunidade de dialogar e participar da transformação de sua vida e da comunidade onde está inserido gera um sentimento de inclusão e responsabilidade social, comprometido com a cidadania e democracia participativa.

Segundo (SILVEIRA; VIEIRA, 2011, p. 6) a mediação é um método que contribui para o descongestionamento do Poder Judiciário, mas que permite a inclusão dos cidadãos por meio da democracia participativa, tendo em vista que as partes são responsáveis pela solução de seus conflitos.

Neste sentido, tem-se que os métodos adequados e consensuais de solução de conflitos aos poucos estão se tornando uma realidade no país, devido a promoção de políticas públicas relativas ao tema, como por exemplo, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e que tende a se fortalecer com as Leis 13.105/15 e 13.140/15. Conseqüentemente, com o progresso dos meios adequados de solução dos conflitos o Brasil será contemplado com um decréscimo no número de demandas, o aumento da cidadania e a garantia da democracia.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que com o advento da Constituição de 1891 e a instauração da Teoria dos Três Poderes de Montesquieu, o Brasil deu início ao monopólio do Estado sobre o poder jurisdicional e passou a dirimir os conflitos interpessoais no âmbito do Poder Judiciário, a fim de estabelecer e promover o escopo magno da jurisdição, a pacificação social.

Com efeito, o desmazelo do Estado brasileiro com a mediação também contribuiu à formação da cultura demandista arraigada no bojo da sociedade brasileira, pois conforme se concebe da análise do tema, a mediação não é novidade, perdura desde a Constituição de 1824 e, inclusive, foi trabalhada na década de 1990, mas tornou-se uma política fracassada porque não recebeu a devida atenção do Estado.

Outrossim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição em consonância com a formação acadêmica voltada para os métodos adjudicatórios, a concepção errônea dos profissionais do direito acerca do tema e, sobretudo, a incapacidade do método tradicional de resolver os conflitos de forma definitiva alavancaram e sustentam o excessivo número de demandas, responsáveis pela crise que assola o Poder Judiciário do país, que iniciou o ano de dois mil e quatorze com mais de setenta milhões de processos.

Em contrapartida, verifica-se que as políticas públicas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça estão contribuindo à instalação do Centros de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania e Núcleos Permanentes de Mediação e Conciliação, os quais passaram a exercer papel relevante no que toca à resolução de conflitos, fomento da cidadania e democracia participativa no país. O êxito aumenta com a chegada das Leis 13.105/15 e 13.140/15, pois segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, somente no ano de 2015, estes centros evitaram o ajuizamento de duzentos e setenta mil novas demandas no Poder Judiciário do país.

Analisando o tema, tem-se que a questão inerente a eficiência da mediação está superada, pois indubitavelmente mostra-se vantajosa em relação ao processo tradicional. Isto se dá porque ao contrário dos métodos heterocompositivos que tratam dos conflitos em modo geral, a mediação é voltada para conflitos específicos, ou seja, nos casos em que há um liame anterior entre as partes. Ademais, a flexibilidade e o uso de técnicas especiais, fortalecem o procedimento e auxiliam na efetividade da resolução do conflito.

Por fim, conclui-se que embora o problema da litigiosidade ou cultura da sentença seja um fator preponderante no Brasil poderá regredir no decorrer dos anos, tendo em vista as influências e vantagens trazidas pelos métodos de solução adequada de conflitos, inclusive a mediação que finalmente ganhou a devida atenção e regulamentação. A partir de então verifica-se um avanço notável no fortalecimento da cidadania e democracia participativa do país.

## REFERÊNCIAS

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de Mediação: Guia Prático de Autocomposição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;



VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Forense, 2015;

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos. Da Teoria à Prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016;

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari. **Mediação Judicial: Análise da Realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional: Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013;

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013;

CABRAL, Marcelo Malizia. **A Garantia Fundamental de Acesso aos Tribunais: Conteúdo, estrutura, limites e restrições**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014;

HALE, D.; DE PINHO, H.D.B.; CABRAL, T.N.X. **O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei Nº 13.140, 26 de Junho de 2015**; São Paulo: Atlas, 2015;

SPENGLER, F. M.; BEDIN, G.A. **Acesso à Justiça, Direitos Humanos & Mediação**. Curitiba: Multideia, 2013;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Bahia: JusPodivm, 2016;

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012;

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988;

GRINOVER, A. P.; CINTRA, A.C.A.C.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2015;

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016;



FARIAS. Juliana Guanaes Silva de Carvalho Farias. **Panorama da Mediação no Brasil: Avanços e Fatores Críticos Diante do Marco Legal.** Ano 2015. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4099/2812>> Acesso em: 15 set. 2016;

SANTANNA. Ana Carolina Squadri. **Cultura da Sentença.** Ano 2012. Disponível em [http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao\\_e\\_jr/article/download/10862/1393](http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/download/10862/1393)> Acesso em: 05 set. 2016;

DA SILVEIRA. A. A.; VIEIRA, C.M. F. **A Mediação como Método de Democratização** de Acesso à Justiça. Ano 2011. Disponível em <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2011/Trabalhos/1836.pdf>> Acesso em: 23 set. 2016;

MIRANDA. Maria Bernadete. **Aspectos Relevantes do Instituto da Mediação no Mundo e no Brasil.** Revista Virtual Direito Brasil. nº 2. Vol. 6. Ano 2012. Disponível em <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>> Acesso em: 08 set. 2016;

MOREIRA. Sandra Mara Vale. Mediação e Democracia. **Uma Abordagem Contemporânea da Resolução de Conflitos.** 2007. 188 f. **Dissertação – Universidade de Fortaleza. Fortaleza. 2007.** Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp041642.pdf>> Acesso em 21 set. 2016;

TARTUCE. Fernanda. **Mediação no Novo CPC: Questionamentos reflexivos.** Ano 2013. Disponível em <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>> Acesso em: 21 set. 2016;

GIMENEZ. C. P. C. **O Papel do Terceiro Mediador na Política Pública Brasileira de Tratamento de Conflitos – Resolução nº 125 de 29 de Novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça Brasileiro – à Luz da Experiência do Modelo do Tribunal de Múltiplas Portas do Distrito de Columbia, Estados Unidos da América.** 2016. Tese. (Doutorado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul. Rio Grande do Sul. 2016. Disponível em <http://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1105/1/Charlise%20Paula%20Olet%20Gimenez%20TESE.pdf>> Acesso em 21 set. 2016;

KLUNK. Luzia. In:\_\_\_\_\_Mediação Enquanto Política Pública. O conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Rio Grande do Sul: Editora Edunisc, 2012. Cap. 3, p. 63 – 79;



WALTRICH. Dhieimy Quelem. In: \_\_\_\_\_ **Mediação Enquanto Política Pública. O conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas.** Rio Grande do Sul: Editora Edunisc, 2012. Cap. 4, p. 80 – 95;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pronunciamento do Ministro Cezar Peluso na Abertura do Seminário “Mediação e Conciliação”.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/FAAPconciliacao.pdf>> Acesso em: 15 set. 2016;

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses.** Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatana be.pdf>> Acesso em: 15 set. 2016;

\_\_\_\_\_. **BRASIL. Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988;

\_\_\_\_\_. **BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em: 15 set. 2016;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2015.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 15 set. 2016;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2009.** Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel\\_sintetico\\_jn2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel_sintetico_jn2009.pdf)> Acesso em: 15 set. 2016;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação: mais de 270 mil processos deixaram de entrar na Justiça em 2015.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81709-conciliacao-mais-de-270-mil-processos-deixaram-de-entrar-na-justica-em-2015>> Acesso em: 15 set. 2016;





## **A AUTOCOMPOSIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FORMA DE ASSEGURAR O ACESSO A JUSTIÇA**

*Bianca Cassiana Ferreira Lorenzi<sup>1</sup>*

*Alexsandra Gato Rodrigues<sup>2</sup>*

*LINHA II - Políticas de Cidadania e resolução de conflitos<sup>3</sup>*

### **RESUMO**

O homem, como todo ser racional social que pensa e sente, desde os primórdios viu-se obrigado a buscar meios que pudessem salvaguardar a sua existência e regular as relações da sua espécie a fim de se evitar os conflitos, inerente das múltiplas classes sociais existentes. Desta necessidade de se estabelecer controle e regramentos, surge a primeira forma de jurisdição equivalente exercida pela autotutela, ou autodefesa, que visava à proteção mediante a força bruta das partes envolvidas; precária e ineficaz, com o surgimento da figura do Estado estas condutas passaram a ser permitidas pelo ordenamento jurídico para raras exceções, eis que não cumpriam a garantia e exercício da verdadeira justiça almejada. Desta forma, os anseios da sociedade passam a ser protegidos por esta força estatal suprema que começa a criar regras, leis e métodos alternativos para exercer o controle positivado que via a pacificação e ordem de todos. Assim, diante de tantas carências e exigências demandadas coube ao legislador promover adaptações e inovações a fim de se fazer cumprir e valer os dispositivos e garantias constantes e assegurados pelo texto constitucional, sendo um deles, objeto deste estudo, o acesso à justiça satisfatória, ágil e uniforme a todos. Desta forma, com intuito de concretizar tal preceito, trouxe para o ordenamento jurídico atual as formas primitivas de soluções de conflitos – hoje denominadas de formas Autocompositivas –, como meios alternativos a resolução das controvérsias. Destarte, em que pese seja uma proposta significativa e perfeita, paira a incerteza: estes métodos alternativos – mediação e conciliação – funcionarão como forma de concretização do acesso a um judiciário adequado e justo, que pacifica os conflitos e reestabelece a paz social? Eis o objeto deste estudo.

**Palavras-chave:** Acesso. Justiça. Autocomposição. Pacificação. Sociedade.

<sup>1</sup>Graduanda do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Contato: bianca.lorenzi@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Santa Maria (UFSM); Mestra em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado (Unijuí); Especialista em Direito Constitucional plico pelo Centro Universitário Franciscano (Unifra); Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta (Unicruz). Advogada, Conciliadora Judicial e Professora do Curso de Direito da Unicruz. Contato: agato@unicruz.edu.br

<sup>3</sup> Eixo Temático de Referência.



## ABSTRACT

Man, like all social being rational thinking and feeling from the very beginning was forced to look for ways they could safeguard their existence and regulate the relations of its kind in order to avoid the conflicts inherent in the many existing social classes. This need to establish control and restraints comes the first form of equivalent jurisdiction exercised by autotutela, or self-defense, which aimed to protection by the brute force of the parties involved; weak and ineffective, with the emergence of the state figure these behaviors have been allowed by law for rare exceptions, behold, did not meet the guarantee and exercise of true justice desired. In this way, the aspirations of society are now protected by this supreme state power that begins to create rules, laws and alternative methods to exercise positivado control that via the pacification and order of all. So, with so many shortcomings and demanded requirements fit the legislator promote adaptations and innovations in order to enforce and enforce the provisions and the guarantees and guaranteed by the Constitution, one of them being the object of this study, access to satisfactory justice, agile and uniform at all. Thus, in order to implement such provision, brought to the current law the primitive forms of conflict resolution - today named Autocompositivas forms - as alternative means of resolving disputes. Thus, despite is a significant and perfect proposal, hovering uncertainty: these alternative methods - mediation and conciliation - act as embodiment of access to adequate and fair judiciary, which pacifies conflicts and reestablishes social peace? This is the object of this study.

**Key-Words:** Access. Justice. Autocomposição. Pacification. Society.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As civilizações, com o transcorrer dos dias vem sofrendo inúmeras mudanças e adaptações necessárias à sua sobrevivência. Com a evolução desta sociedade o Estado passa a assumir o poder-dever de regular as relações entre a coletividade e garantir o direito existente entre as pessoas, de forma a reprimir e impor limites nas condutas.

Por sua vez, o Poder Judiciário surge imbuído por este poder estatal consagrando-se como uma instituição tradicional e responsável pela solução dos conflitos existentes através da figura do juiz – o terceiro imparcial –, que assume esta responsabilidade de controle, devendo dizer o direito existente quando solicitado.

Destarte, com o passar dos dias e com os grandes avanços tecnológicos às relações em sociedade passaram a ser cada vez menores e mais escassas. O diálogo, que já não era tão eficaz, passou efetivamente a não funcionar ocasionando uma crescente demanda junto ao Poder Judiciário na busca da solução destes conflitos de interesses, que devido a essa grande demanda e por diversos outros fatores externos existentes vem passando por uma grande crise existencial.



Assim sendo, o legislador viu-se obrigado a inovar os dispositivos de lei para que com isso o processo viesse a se tornar mais célere e eficiente, com duração razoável e permitindo o acesso à justiça para todas as partes. Para tanto, na busca de tornar possível a efetivação destas motivações, trouxe à baila a necessidade de se buscar sempre a conciliação entre as partes, não importando qual o momento se encontra a lide; tendo poucas exceções quando a própria legislação vigente obriga procedimento diverso.

Tal pretensão de consumir estes princípios mencionados outrora forma o denominado Processo Civil “Constitucionalizado”, uma vez que pretende se fazer cumprir os direitos e garantias estabelecidos pela Carta Magna, encaminhando o desfecho da lide de forma cívica e pacificada através da cooperação entre as partes, por meio de um dos meios alternativos de solução de conflitos existentes, seja por Autocomposição, mediante a conciliação ou a mediação, ou pela arbitragem; para que assim sendo, seja garantida justiça eficiente a qualquer um que dela necessite.

Assim, por se apresentarem como uma opção alternativa ao abarrotado Judiciário, uma vez que são dotadas de dinamicidade, rapidez e agilidade, faz-se necessário um estudo aprofundado acerca delas – que agem como auxiliares da justiça – a fim de se verificar se realmente são meios eficazes e apropriados de acesso ao exercício do processo, uma vez que é possível assegurar que tais alternativas funcionam como forma de efetivação a este acesso ao judiciário, não apenas mascarando o problema?

Com propósito de trazer respostas coerentes a tal questionamento de forma a elucidá-lo, foi-se utilizado no presente estudo o método dedutivo mediante emprego de pesquisas bibliográficas.

## **1. AUTOCOMPOSIÇÃO: BREVE HISTÓRICO**

Os conflitos existentes nas relações interpessoais são inerentes do instinto do ser humano desde os primórdios, uma vez que desde a mais tenra infância somos compelidos a lutar pela satisfação pessoal, estabelecendo relações com outros indivíduos que buscam o mesmo propósito. Desta forma, o homem concebido como um ser social e racional necessita por sua intrínseca natureza e instinto, de estabelecer relações com outros de sua espécie como forma vital de sobrevivência e subsistência, não se admitindo – salvo raras exceções como os eremitas –, a convivência isolada. (CAMPOS, 2013, p.22).

Para Ferraresi e Moreira (2013, p.03) “o conflito tem como característica a voluntariedade ou a intenção de conflitar seja com uma única pessoa ou com um grupo de pessoas”. Já para Dinamarco (2004, p.117) o conflito se caracteriza como sendo “a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e a impossibilidade de obtê-lo”.

Schnitman (1999, p. 170) afirma que,

Os conflitos são inerentes a vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua



realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas.

Assim sendo, desta inevitabilidade, nasceram às sociedades com a formação de diversos grupos sociais os quais na medida em que se multiplicavam tornavam as relações mais complexas, necessitando do estabelecimento de regramentos para o seu controle.

É importante frisar que estas divergências conflitantes sempre existiram e se projetam à perpetuidade. Entretanto, os meios de se dirimi-los passaram por grandes mutações ao longo da história as quais devem prosseguir, lado a lado, indo de encontro às necessidades dos seres humanos.

Nos primórdios a primeira forma de jurisdição equivalente era exercida pela autotutela, onde as próprias partes envolvidas no litígio o solucionavam mediante “justiça pelas próprias mãos”. Insatisfatória e ineficaz, hoje abolida pelo ordenamento jurídico vigente com algumas poucas exceções, eis que não efetivava o real direito existente pelo fato de que na maioria das vezes vencia àquele que possuía “maior força bruta”. (TRENTINI, 2013, p.13).

Assim sendo, a autotutela como a técnica mais antiga de solução de conflitos nascera com as mais primitivas civilizações na falta de uma proteção Estatal e devido à inexistência de leis que pudessem conduzir as relações em sociedade. Técnica, esta, denominada também de autodefesa, consiste em se utilizar da própria força bruta para dirimir as desavenças existentes, estando assim, estritamente ligada à concepção de vingança privada. Por sua vez, vem composta de duas características principais e essenciais à sua incidência: a ausência de um juiz e a imposição de uma decisão proferida por uma das partes. (CAMPOS, 2013, p.24).

De acordo com Cintra; Grinover; Dinamarco (2012, p. 29),

Nas civilizações primitivas, onde não havia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares, nem sequer existiam as leis a serem impostas pelo Estado sobre os particulares, quem tivesse uma pretensão resistida ou impedida por outrem, trataria de satisfazer essa pretensão através da força física.

Entretanto, o que se podia perceber era que estas não garantiam uma real justiça, apenas a vitória do mais forte sobre o mais fraco. Repressão à moda de vingança privada.

Com o surgimento do Estado a prática da autotutela, já obsoleta, passou a ser vedada pelo ordenamento jurídico. Hoje tal proibição pode ser



extraída do artigo 345 do Código Penal<sup>4</sup> que dispõe ser delito o exercício arbitrário das próprias razões, comportando pequenas raras exceções quando imprescindível para se ter o direito garantido. Têm-se, como exemplo a título exemplificativo, as hipóteses de legítima defesa<sup>5</sup> e estado de necessidade<sup>6</sup>. (CAMPOS, 2013, p.25).

Assim sendo, as necessidades do homem passaram a ser protegidas e reguladas por esta força suprema estatal, que passa a desenvolver meios alternativos a solução de conflitos com os titulares do direito – próprios interessados – decidindo sobre os incidentes em questão. Como exemplo disto têm-se os fatos de quando ocorria a desistência ou renúncia e também, na submissão ou transação da lide. Ou então, quando entrava em cena o auxílio e a participação do terceiro, via-se externar as figuras da mediação e conciliação, juntamente com a arbitragem e a jurisdição. Entretanto, Com a ascensão do Estado, este poder decisório de conflitos passou a ser unicamente de sua responsabilidade. Vindo assim a decidir todas as questões por intermédio de um terceiro designado por si próprio, que compunha sua função jurisdicional. (CABRAL, 2013, p.34-35-36).

Segundo Morais (1999, p.119-120),

Pode-se, assim, construir um quadro acerca da transformação da tutela jurídica na sociedade, não obstante, frisamos, novamente, que tal “evolução” não se estabeleceu necessariamente nesta sequência clara e lógica como aparenta, afinal, a história humana não é retilínea, ao contrário, ela é contraditória, com avanços, estagnações e, às vezes, até retrocessos. O que embasa tal assertiva é o fato de institutos utilizados nas civilizações antigas, como é o caso da mediação e da arbitragem, no devir demonstrado acima foram substituídos por outros, que eram considerados mais justos e eficazes, e hoje estão sendo retomados com o objetivo de atacar a debatida crise da administração da justiça, pelos mais variados motivos.

---

#### <sup>4</sup> Exercício arbitrário das próprias razões

**Art. 345 do Código Penal:** Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

#### <sup>5</sup> Legítima defesa

Art. 25 do Código Penal: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

#### <sup>6</sup> Estado de necessidade

Art. 24 do Código Penal: Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.



Assim sendo, as diversas formas autocompositivas, objeto deste estudo, – procedentes das sociedades orientais e das tradicionais populações – ressurgiram com furor a partir da segunda metade do século XX no ocidente em virtude da ineficiência e ineficácia do Estado em tutelar a prestação jurisdicional, dando a cada ser o que é seu de direito de forma a garantir e proporcionar a harmonia em sociedade. Para Ferraresi e Moreira (2013, p.04), nas sociedades mais primitivas, antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito concreto, já se verificava o sistema da Autocomposição, sendo, esta, tão antiga quanto à autotutela.

Então, a partir da compreensão de que este Estado é falho e por vezes omissivo, os meios de Autocomposição alternativos foram ganhando espaço frente à resolução de conflitos, uma vez que assegurar a pacificação entre as relações sociais em si possui maior relevância, não importando qual o meio a ser utilizado se o diverso se torna mais efetivo. De igual forma interpreta NUNES (2016, p.32), ao afirmar que "essa cultura de Autocomposição vai de encontro à ideia de mais autonomia e menos heteronomia. Não podemos manter esta cultura excessivamente demandista e ficar dependentes do Estado para resolver todas as questões". Uma vez que a concepção de Estado evoluiu, a ideia de jurisdição deve se modificar igualmente.

No Brasil, este modelo surpreendedor surgiu antes mesmo da Proclamação da Independência, com as Ordenações Manuelinas (1514) e as Filipinas (1603), em seu Livro III, Título XX, §1º que trazia como preceito: "E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso [...]". (ALVES, 2008, p. 3). De igual forma resguardou a Constituição do Império de 1824 acolhendo e regulando tal possibilidade, eis que processo algum iniciaria sem que antes houvesse prévia tentativa de conciliação. Daí por diante, com exceção ao Decreto nº 359 de 1980 imposto na fase republicana, todas as demais legislações elaboradas, bem como o Código de Processo Civil, acabaram por normatizar as formas alternativas de soluções de conflitos, sendo adaptadas as condições contemporâneas e necessidades existentes de cada época. (SILVA, 2015, p.01).

Atualmente no Brasil, têm-se como marco inicial à instituição da política pública de adequado tratamento aos conflitos jurídicos, através de estímulos às soluções de conflitos por autocomposição, com a edição da Resolução nº 125/2012 do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe e regula sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Assim depreende-se que além de instrumento econômico e eficaz, corresponde a mecanismo de desenvolvimento da cidadania por ter o esforço e participação das partes envolvidas na construção da decisão jurídica. (NUNES, 2016, p.35).

Ademais, acrescenta o autor que,



De forma pioneira, o Poder Judiciário passou a criar políticas públicas para o tratamento adequado dos conflitos de interesses, a incentivar programas e ações de incentivo à Autocomposição de litígios, à criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS) e a disseminar uma cultura do diálogo, da pacificação social e a incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas de Autocomposição. (NUNES, 2016, p.35)

Assim, todos os sujeitos processuais participam ativamente no decurso do processo de forma cooperativa e secundária, limitando assim a participação do Poder Judiciário e a sujeição existente entre eles; até mesmo porque tais alternativas são de suma importância e indispensáveis para que ocorra o adequado deslinde das questões conflituosas, de forma a auxiliar o Poder Judiciário, e desta forma contribuir para o seu desafogamento. (SILVA E SPENGLER, 2013, p. 05).

Aliado a isso, o Poder Legislativo, vem trabalhando incessantemente, editando diversas novas legislações com o sentido de incentivo às formas de soluções alternativas. É o que se verifica com a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil de 2015 que vêm para ratificar e reforçar esta propensão, uma vez que foi estudado e estruturado a projetar à autocomposição, como se pode verificar junto aos diversos dispositivos constantes ao seu texto.

Assim sendo, e com a pretensão de corroborar com o exposto, Nunes (2016, p.35) exalta:

O Código de Processo Civil (CPC) revê as formas de se lidar com o conflito. Reconhece as dificuldades históricas dos meios adversariais e a resolução de conflitos pela via processual, com a sua pacificação através da sentença. Coloca em destaque as formas consensuais, do diálogo processual, do negócio jurídico processual, da cooperação e das formas autocompositivas. Enquanto o CPC anterior não falava em Autocomposição o novo menciona a palavra pelo menos vinte vezes ao longo do seu texto. [...]

Ademais, acrescente ele que, além de representar marco legal da Mediação no Brasil entre os particulares, inovou substancialmente ao tornar possível a utilização do método da autocomposição em questões de âmbito da Administração Pública, desta forma contemplando as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, e as pessoas físicas de uma forma geral.

Passa-se a análise intrínseca destes institutos que vem de encontro aos anseios da sociedade atual, como forma de assegurar e garantir o acesso à justiça de forma isonômica, possibilitando desta forma, a concretização de deste princípio constitucional.

## **2. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO A JUSTIÇA**

Positivado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV, o qual prevê o direito de acesso à justiça a todas as pessoas enquanto indivíduos ou



coletividade, além de ser considerado uma garantia fundamental é sinônimo de democracia, tendo ligação direta com a dignidade da pessoa humana. Desta forma, em que pese seja de responsabilidade do Estado promover e efetivar tal garantia fundamental, cabe a toda sociedade contribuir de forma participativa para a sua realização uma vez que contribui para se garantir a eficácia social dos demais direitos. (FERREIRA, 2011, p.100).

Entretanto, essa concepção de acesso universal prelecionada no texto constitucional, faz-se subentender que esta garantia contemplada se resume ao acesso ao Poder Judiciário. Para Silveira e Vieira (2011, p.03) tal concepção, embora ainda predominante, já não satisfaz aos anseios da sociedade, sendo ilusória na existência de tantos obstáculos que se contrapõem ao pleito dos direitos violados. Afirmam ainda “que são tamanhas as dificuldades enfrentadas para a obtenção da prestação jurisdicional que poucos cidadãos brasileiros conseguem alcançar a justiça”, acrescentando que os pontos centrais de representação a tais obstáculos encontrados “são o desconhecimento ao direito, os elevados custos das ações judiciais e a lentidão do processo, que acabam por gerar onerosidade, impunidade e descrença na justiça”.

Para Soares (2012, p.12) o verdadeiro sentido de acesso à justiça leva-se a visão de um sistema onde toda sociedade tem a possibilidade de reivindicar os seus direitos e resolver os seus conflitos de interesse em um sistema isonômico e acessível a todos, que produza resultados individuais e justos.

De igual forma, explica Figueiredo (2011, p. s/p):

(...) por acesso à justiça deve se entender a proteção a qualquer direito, sem qualquer restrição econômica. Não basta a simples garantia formal da defesa dos direitos e o acesso aos tribunais, mas a garantia de proteção material destes direitos, assegurando a todos os cidadãos, independentemente de classe social, a prática do justo.

Assim, o acesso à justiça transcende a genuína viabilidade de se demandar em juízo e movimentar a “máquina do judiciário”. Este conceito vai além, transpondo as barreiras do Poder Judiciário, para que um maior número de pessoas tenha acesso a uma prestação jurídica justa e de forma adequada, cominando a celeridade com os demais princípios e garantias, além de se buscar exaurir a morosidade processual. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p.39).

Desta forma, o enfoque de acesso à justiça propagado por Cappelletti e Garth (1988, p.08) é concebido como a solução mais viável, já que deve haver uma ruptura do sistema tradicional inspirando-se a tornar efetivos – e não meramente simbólicos –, os direitos do cidadão de forma criativa através de um sistema onde as pessoas possam reivindicar seus direitos e resolver seus litígios. Para tanto, deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados individuais e socialmente justos.





Em consequência a essa jurisdição garantista e pacificadora três momentos distintos são sistematizados como ondas renovatórias:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesse “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.31).

Pinho (2004, p. 09-14), partindo deste modelo já elaborado por Cappelletti e Garth, relacionou a existência de uma “quarta onda” como consequência, esta marcada pela efetividade dos direitos processuais. Assim, embora a jurisdição seja meio principal de composição de litígios, por não ser capaz suficientemente de trazer a solução adequada a determinadas espécies de conflitos, abre caminho para os meios alternativos de pacificação que visam garantir as partes pleno acesso à justiça.

Aliado a isso, complementa Silveira e Vieira (2008, p.04) que,

Diante do diagnóstico atual da justiça brasileira, é fato que o Judiciário não consegue suprir as necessidades da sociedade, uma vez que os seus serviços se encontram sobrecarregados. Em razão do acúmulo de ações, este poder não consegue atender satisfatoriamente a demanda de justiça, os meios tradicionais trazem longas esperas por decisões e a incerteza de um resultado justo. Assim, muito do desânimo do cidadão advém da não prestabilidade da justiça em tempo razoável.

Desta forma, diante da dificuldade em se fornecer uma justiça adequada através dos meios tradicionais, surgem estes novos paradigmas – novas alternativas à solução da lide – como a mediação e a conciliação, além de outros não tratados neste estudo, que visam a promoção da cultura de ordem e pacificação, como forma de desafogar o Poder Judiciário e ainda promover o acesso à jurisdição a todos que dela necessitarem, resgatando-se assim a crença de toda a sociedade em nosso regime democrático.

Assim sendo, em 2006 o Conselho Nacional de Justiça reinaugura no cenário jurídico brasileiro a figura da conciliação através da campanha “Movimento pela Conciliação”, tendo a partir daí, juntamente com demais órgãos do Poder Judiciário fomentado a utilização do referido instituto na solução das controvérsias. Entretanto, somente em meados de 2010 com a Resolução nº 125 houve a total regulamentação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, como efetivo apoio a prática da mediação e conciliação, por ter estes como instrumentos de pacificação social. (CAVALCANTE, 2013, s/p).



Tida como marco da busca pelo acesso à justiça, além de servir como base ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, trouxe incentivo ao diálogo, de modo a envolver toda a sociedade civil: órgãos do Poder Judiciário, entidades públicas e privadas, universidades e instituições de ensino (Res. CNJ 125/2010, art. 5.º); de forma a estimular as suas participações nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS) atuando preventivamente nos litígios, além de estimular a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs) pelos Tribunais (Res. CNJ 125/2010, art. 7.º). (FERRARESI; MOREIRA, 2013, p.23).

Para Schroder e Paglione (2012, p. 09-10) “a Resolução propõe um verdadeiro divisor de águas na história do Judiciário, que até então sempre teve suas raízes fincadas da sentença, na resolução adjudicada dos conflitos” uma vez que possibilita a pacificação de todo conflito, podendo este acordo tratar inclusive de eventuais outros conflitos, desde que, não tenham caráter ilícito, sendo dotada inclusive, de maior probabilidade de cumprimento dado que estas decisões foram elaboradas pelas próprias partes. Ademais acrescenta que, a partir da criação dos Cejuscs, importante inovação trazida, se torna possível à conciliação ou mediação pré-processual, sem que se tenha já uma demanda ajuizada junto ao judiciário, trazendo à baila a premissa de acesso à justiça e tratamento adequado de conflitos, de forma a colaborar com o exercício da cidadania.

Nunes (2016, p. 46) acrescenta que,

As sementes plantadas pela Res. CNJ 125 cresceram e floresceram e hoje, além dos Cejuscs terem se tornado uma realidade cada vez mais presente nas comarcas, verificamos mudanças em outras frentes, tais como alterações legislativas e fomento a outros programas.

Por fim, tem como propósito de representar igualmente um marco no acesso à justiça, ensejando mudança radical no pensamento humano. Relativamente curta, se faz composta de 19 artigos distribuídos em quatro capítulos. Em suma, trata da instituição da política pública para tratamento adequado dos conflitos, das atribuições do Conselho Nacional de Justiça, das atribuições dos Tribunais, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e do Portal da Conciliação. Traz ainda, como anexo, um Código de Ética que permeia a atuação dos Conciliadores e Mediadores. (SCHRODER; PAGLIONE, 2012, p.11)

Assim sendo, a referida Resolução representou grande marco à pacificação social. Aproximou a comunidade do seu exercício de cidadania e corroborou de forma ímpar com as disposições constantes no Código de Processo Civil 2015 ao que tange à Conciliação e Mediação Judicial, importante instituto auxiliador a luta de concretização de uma justiça de qualidade a todos, além de tentar mudar a “cultura do litígio”, hoje entranhada na sociedade.



Em meados de 2010, surge o anteprojeto PLS nº 166/2010 com expressa previsões relacionadas aos meios alternativos de solução de conflitos. Entretanto, somente em 2014, após inúmeras discussões foi aprovado e sancionado o Novo Código de Processo Civil, concedendo papel relevante aos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, de modo a se coadunar com os princípios e valores constitucionais de nosso Estado Democrático de Direito. Apresenta-se amoldado pelo seu anteprojeto e sua respectiva Exposição de Motivos, os quais foram consolidados na versão final do texto tendo por característica de jurisdição a pacificação social (BARBOSA; SILVA, 2015, p.11). Assim,

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. (Exposição de Motivos da Lei nº 13.105/15)<sup>7</sup>.

Como se percebe, os métodos alternativos de solução de conflitos não são novidades em nosso ordenamento jurídico. Embora esquecidos por longo lapso temporal em que perdurou a cultura do formalismo processual, vem insurgindo agora mediante impulso do Conselho Nacional de Justiça e imposição da legislação vigente na busca de trazer à plena desburocratização do poder judiciário e consumir o acesso à justiça, além de tornar o processo célere, eficaz e justo a todos os envolvidos. Assim sendo, dentre as formas existentes para o alcance de tais premissas, encontram-se presentes a Mediação e Conciliação, objeto primordial de análise neste estudo.

A mediação é uma das formas alternativas à jurisdição, que pretende facilitar a soluções de litígios existentes na sociedade. Para isso têm-se a figura de um terceiro – equânime e imparcial –, titulado de mediador, o qual se propõe a auxiliar os envolvidos no tratamento de embate instaurado. Assim, o processo ocorre em um ambiente neutro sendo divulgado somente mediante autorização dos litigantes, com exceção aos casos em que o interesse público se sobreponha ao particular. (MORAIS; SPENGLER, 2012).

Este método propicia a criatividade das partes envolvidas e conduz a análise da melhor opção face à relação existente, que gerou o conflito. É preciso que as partes conheçam o trabalho a ser realizado e quais as funções do mediador. A pré-mediação apresenta-se como o momento de preparação para a aceitação ou não da participação no método, com a explicação das regras do processo, sendo discutido, também, as datas que ocorrerão as reuniões e se as mesmas serão coletivas ou individuais. (BARBOSA; SILVA, 2015, p.16).

---

<sup>7</sup> Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil (CPC) constante no Projeto de Lei nº 8046/2010.



O mediador tem uma postura pouco interventiva, tendo por função trazer o restabelecimento do diálogo entre as partes para que elas próprias compreendam a dimensão e consequências do fato ocorrido, de modo a chegarem por si só a melhor solução para a sua resolução. Ademais, salienta Gabbay (2011, p.50) que “na mediação o acordo não é a meta, mas apenas um dos resultados possíveis”.

Weingartner (2009, p.13) enumera três requisitos básicos a serem observados para a sua utilização:

O primeiro é relativo ao conflito que os levou a solicitar a mediação e se o mesmo pode ser objeto da mediação. O segundo sobre o efetivo interesse das partes em se submeter ao processo. E o terceiro, mais relativo ao papel que cabe ao terceiro imparcial e independente, se refere à escolha do mediador para o caso, podendo recair ou não em profissional que os informou sobre o processo, o pré-mediador. Em sendo positivas as respostas a estas questões, deverão avaliar conjuntamente sobre a conveniência de ser utilizada. No âmbito extrajudicial é apresentada, também nesta etapa, a minuta do contrato de prestação do serviço da mediação, em que estará contemplado o modo em que se realizará. É o momento em que nasce a confiança das partes no processo. A prática frequente deste momento prévio auxilia e muito na quebra de paradigmas, bem como no início do “desarmamento” das partes para a administração do conflito.

Por sua vez, é permeada de princípios essenciais que norteiam a sua aplicação, de forma a facilitar o seu cumprimento e integração com as demais normas, além de conduzir a atuação do mediador. Conforme se extrai do art. 166 do Código de Processo Civil, “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”, tendo ainda, a Lei de Mediação em seu artigo 2º repetido-os quase que em totalidade, tendo acrescentado os princípios da isonomia entre as partes, da busca do consenso e da boa-fé. (NUNES, 2016, p.58).

Além destes, outros pressupostos devem ser observados quando da utilização da Mediação como método de solução de conflitos. Scavone Jr. (2015, p. 274 - 280) lembra-nos que se trata de um método voluntário assegurado pela lei e de livre escolha entre os envolvidos, o qual exige um profissional habilitado e capaz para encaminhar a melhor solução, podendo este ser judicial – designado no transcorrer do processo judicial –, ou extrajudicial quando sua atuação se restringir anteriormente a existência de qualquer conflito não sendo exigida qualquer formação superior ou específica, eis que basta apenas a existência da confiança entre as partes.

Ademais, destaca nas hipóteses em que se tratar de atuação judicial:

O art. 167 do Código de Processo Civil estabelece que, para a atuação judicial, “os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional



federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. (SCAVONE JR., 2015, p.280)

A Mediação, em suma, busca a conservação das relações em sociedade de modo a evitar novos conflitos e reestabelecer vínculos desfeitos em virtudes dos litígios. Meio útil não solução de uma vasta gama de conflitos, pode ser usada em problemas minúsculos ou até mesmo em questões complexas. Acland (apud NUNES, 2015, p. 66) a intitulou de “chave inglesa da caixa de ferramentas da solução de disputas” uma vez que pode tanto ser demandada em ambientes formais, quanto na residência familiar para a solução de problemas de vizinhança.

Por sua vez, é de suma importância distinguir a mediação da conciliação, eis que não raras vezes são utilizados erroneamente em sentido semelhante. Assim, tanto uma quanto a outra buscam a realização de um acordo de vontades, entretanto, o que as diferencia é o método utilizado para se atingir este fim.

Conforme analisa Silva (2008, p.26),

A conciliação tem suas próprias características onde, além da administração do conflito por um terceiro neutro e imparcial, este mesmo conciliador, diferentemente do mediador, tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria às partes.

Tecnicamente, a principal diferença entre estes institutos revela-se na figura do terceiro imparcial, conciliador ou mediador que conduz a sessão. Neste sentido destaca Spengler (2010, p.36) que “na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo”. Assim, na conciliação este terceiro imparcial assume a figura de protagonismo reestabelecendo a comunicação entre as partes, podendo inclusive propor possíveis soluções e acordos. (SCHRODER; PAGLIONE, 2012, p.14).

Duas são as formas de conciliação existentes na legislação atual. A processual, ou também denominada de “endoprocessual”, que ocorre depois de instaurada a demanda judicial, sendo de caráter obrigatório se as partes não manifestarem expressamente seu desinteresse; e a pré-processual ou informal instaurada antes do conflito por meio de acordo entre as partes, desta forma, com a presença dos juízes leigos e conciliadores e sem a intervenção do Estado. (CAVALCANTE, 2013, s/p).

Em referência a via pré-processual, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a seguinte definição:

Esse procedimento se constitui em um método de prevenção de litígios e funciona como opção alternativa ao ingresso na via judicial, objetivando evitar o alargamento do número de demandas nos foros e a abreviação de tempo na solução das pendências, sendo acessível a qualquer interessado em um sistema simples ao alcance de todos. [...] A principal característica dessa modalidade de conciliação é a



promoção de encontros entre os interessados, nos quais um conciliador buscará obter o entendimento e a solução das divergências por meio da composição não adversarial e, pois, ainda antes de deflagrada a ação. [...]. (PROJETO MOVIMENTO PELA CONCILIAÇÃO, 2006, p. 02).

Já o conciliador, por sua vez, conforme leciona Scavone Jr. (2015, p.79) poderá ser judicial, intervindo nas audiências de conciliação como auxiliar da justiça - em referência aos arts. 165 a 175 do Código de Processo Civil<sup>8</sup> -; ou também, extrajudicial, via esta que não possui lei específica para reger tal procedimento ou atuação. Em que pese sejam modalidades com premissas e formalidades diversas, vêm ambas sujeitas às imposições, por analogia, da Lei 13.140/2015<sup>9</sup>, e embora a lei local não imponha como requisito uma formação na área do Direito para o desempenho da atividade de conciliador – múnus público –, a Lei 9.099/95 em seu Art. 73, Parágrafo Único<sup>10</sup> dispõe tal preferência a estes.

A conciliação, além do mais, se perfaz como um recurso onde os envolvidos reconhecem as barreiras existentes para se obter uma solução consensual e amigável. É extremamente profícua quando não há relações profundas anteriores entre as partes que pretendem um acordo imediato pondo fim a controvérsia ou a lide judicial de forma imediata. Barbosa e Silva (2015, p. 14) citam como exemplos as conciliações envolvendo as relações de consumo e a reparação de danos materiais.

Assim como todas as demais áreas do Direito, esta “via” também se encontra norteadada e informada por princípios constitucionais que buscam legitimá-la. Para tanto, o Código de Processo Civil os contemplou em seu art. 166:

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. [...] § 4º. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (SCAVONE JR., 2015, p.293).

Por fim, cabe mencionar que se trata de um método rápido e que comparado à mediação muito mais célere, eis que em alguns casos apenas uma sessão é suficiente para se obter o êxito desejado. Braga Neto (2011, p.02) salienta que embora limite-se a poucas reuniões, deve seguir os trâmites convencionados pela legislação: apresentação, esclarecimento, criação de

<sup>8</sup> Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

<sup>9</sup> Lei de Mediação

<sup>10</sup> Lei 9099/95 - Art. 73, Parágrafo Único – Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre Bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.



opções e acordo, sendo este último, juntamente com o reestabelecimento do diálogo, o real propósito almejado.

Por fim, embora haja algumas distinções envolvendo as técnicas apresentadas, a Resolução emprega ambos os métodos de solução de conflitos em posições iguais, já que o objetivo em comum almejado é o mesmo, de dar o tratamento adequado aos litígios, de forma a efetivar a pacificação social e tornar legítimo o acesso à justiça.

Com efeito, as formas autocompositivas de solução de conflitos se entrelaçam com os valores e princípios constitucionais brasileiros, auxiliando na desburocratização da justiça e assim representando um grande avanço à plena democratização do Poder de forma a se permitir o fiel cumprimento do exercício da cidadania.

Soares (2012, p.06), ainda complementa:

Atualmente, não mais se admite a atividade jurisdicional divorciada dos princípios constitucionais, em especial, do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana, fatos que levaram o judiciário brasileiro a firmar um pacto com o objetivo de reduzir a morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões, a fim de evitar o retardamento do desenvolvimento nacional, o desestímulo dos investimentos e a inadimplência, resgatando assim a crença dos cidadãos no regime democrático.

Ademais, ao se permitir a resolução de conflitos em âmbito diverso ao da atividade jurisdicional acaba por acarretar em uma diminuição ao número de demandas propostas junto ao Poder Judiciário, contribuindo solidariamente àqueles que ainda necessitam do aparelhamento estatal na solução de seus litígios proporcionando desta forma, acesso à justiça para todos de forma cooperativa; eliminando-se a morosidade existente e evitando-se muitas ações que atravancam os foros do país. (FERREIRA, 2011, p.115).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fenômeno da acessibilidade à justiça e o rompimento do monopólio estatal do direito através das formas autocompositivas de solução de conflitos se perfazem como o grande marco ao Processo Constitucionalizado buscado atualmente e já insculpido pela Carta Magna como fundamento e princípio fundamental deste Estado Democrático de Direito, visão esta antiga, mas que vem se modificando ao longo da história e se lapidando em consonância às necessidades em que enfrenta a sociedade moderna ante aos conflitos existentes.

Configurado como um direito social básico, a utilização de uma dessas formas alternativas existentes, mais precisamente a conciliação e mediação, abordadas neste estudo, ressurgem como uma nova maneira de se encarar estes conflitos entre os homens uma vez que buscam dar um tratamento adequado individualmente às partes, que cooperam e participam ativamente na desconstrução deste problema e na reconstrução das relações em sociedade.



Igualmente, se resta demonstrado que além de conferir maior celeridade processual, confere aos envolvidos autonomia para que possam resolver os entraves da maneira que melhor atenda aos seus anseios, deixando de lado a concepção heterocompositiva em que a figura do magistrado é peça fundamental para “dizer o direito”, fazendo contemplar desta forma, a concretização dos direitos e garantias fundamentais de forma rápida, justa e eficaz.

Ademais, em que pese seja da responsabilidade do Estado o controle e prestação da atividade jurisdicional, este, devido ao grande aumento de demandas têm-se demonstrado ineficiente, moroso e desacreditado. Desta forma, os Métodos Consensuais de Conflitos surgem com intuito de desentravar este sistema, proporcionando uma nova forma de pacificação social diante de uma nova concepção de direito, em que a justiça contribui para o bem de todos e trabalha em prol de todos, sendo a legislação interpretada em consonância aos princípios constitucionais de justiça.

Desta forma, em que pese seja um sistema primitivo, ainda necessita ser lapidado e melhorado para atender as diversas demandas da sociedade. Contudo, vale ressaltar a importância que desempenham estes métodos alternativos na solução dos conflitos uma vez que além de difundir e efetivar o acesso à justiça, trazendo isonomia a todos os interessados, incutiu mudanças significativas em toda a sociedade e em sua cultura, pacificando as demandas, oportunizando uma nova forma de diálogo entre as partes, trazendo à participação e a cooperação para dentro do processo na busca de reestabelecer a paz social.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Oliveira Carvalho. **Conciliação e Acesso à Justiça**. Disponível em: <[www.webartigos.com/artigos/conciliacao-e-acesso-a-justica/11585/](http://www.webartigos.com/artigos/conciliacao-e-acesso-a-justica/11585/)> Acesso em: 13 de set. de 2016.

BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos e suas diferenças com a conciliação**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/ARTIGO%20Adolfo\\_MEDIACAO\\_CONCILIACAO\\_FEV\\_20111.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/ARTIGO%20Adolfo_MEDIACAO_CONCILIACAO_FEV_20111.pdf)> Acesso em: 16 de set. de 2016.

CABRAL, Marcelo Malizia. **OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: INSTRUMENTOS DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/colecao\\_administracao\\_judiciaria/doc/CAJ14.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ14.pdf)> Acesso em: 12 de set. de 2016.

CINTRA, A. C. DE A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.





\_\_\_\_\_ **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituição de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1.

FERRARESI; Camilo Stangherlim; MOREIRA, Silmara Bosso. **Conflitos e formas de resolução: da autotutela à jurisdição**. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395810031.pdf>>. Acesso em: 12 de set. de 2016.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Acesso à justiça: uma visão sócio-econômica**. Disponível em: <<http://www.uepg.br/nupes/justica/index.htm>>. Acesso em: 20 de set. de 2016.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: Condições Necessárias para a Institucionalização dos Meios Autocompositivos de Solução de Conflitos**. 2011. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Processual), Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

LEI 13.105, de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 16 de set. de 2016.

LEI 13.140, de 26 de Junho de 2015. **Lei de Mediação**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 16 de set. de 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

MOVIMENTO PELA CONCILIAÇÃO. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Conciliar – O que é conciliação?** Disponível em: <http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/pages/conciliacao/Conciliacao.jsp>. Acesso em: 16 set. de 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: Algumas considerações introdutórias**. In. Revista Dialética de Direito Processual, vol. 17, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. (Org.). **Novos Paradigmas em Mediação**. Tradução de Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.



SILVA, Iann Moura de Oliveira da. **Análise histórica da Autocomposição no Brasil e sua perspectiva com o advento do novo Código de Processo Civil.** Disponível em:<

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analise-historica-da-autocomposicao-no-brasil-e-sua-perspectiva-com-o-advento-do-novo-codigo-de-processo-civil,54095.html>> Acesso em: 11 de set. de 2016.

SILVA, Caroline Pessano Husek; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação, Conciliação e Arbitragem como métodos alternativos na solução de conflitos para uma justiça célere e eficaz.** Disponível em:<<https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/viewFile/3598/2673>>. Acesso em: 12 de set. de 2016.

SILVEIRA, Anarita Araújo da; VIEIRA, Cecy Mitie Furusawa. **A MEDIAÇÃO COMO MODO DE DEMOCRATIZAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA.** Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2011/Trabalhos/1836.pdf>>. Acesso em: 20 de set. de 2016.

SOARES, Abel Rafael. **MEDIAÇÃO – UMA NOVA FACE DO ACESSO À JUSTIÇA.** Disponível em: <[http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao\\_e\\_jr/article/view/10877/1408](http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10877/1408)>. Acesso em: 20 de set. de 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: Por uma outra Cultura no Tratamento de Conflitos.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

TRENTINI, Maria Alice. **A CRISE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DA DESJUDICIALIZAÇÃO DAS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONTROVÉRSIAS: CRÍTICA AO PROJETO DE LEI Nº 8.046 DE 2010 (NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).** Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103909/TCC%20Versa%CC%83o%20Final%207.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 de set. de 2016.

WEINGÄRTNER, Lis. **Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos.** Publicado na Revista Justilex, ano VII, nº 76, abr. 2009.



## UMA POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA DE MEDIAÇÃO

*Bruno Rafael dos Reis<sup>1</sup>*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O homem é um ser social e político, o qual está inserido em uma sociedade em constante transformações e cada vez mais complexa. Diante disso, conflitos surgem em meio a esse grupo social, sendo necessário que esses sejam regulados para que se possa garantir uma segurança e harmonia.

Portanto, para que a sociedade subsista, torna-se necessário a resolução desses conflitos e, para tanto, o ser humano dispõe de meios de controlar as ações dos indivíduos nela inseridos, bem como trazer um equilíbrio à sociedade. Desse modo, por meio de mecanismos de controle social, busca regulamentar sua interação social, principalmente por meio do Direito, com o fim de viabilizar a existência da sociedade, garantindo segurança, harmonia e justiça.

Contudo, a existência de normas reguladoras da vida social não são suficientes a ponto de impedir ou suprimir os conflitos que possam surgir entre indivíduos. Assim, fatores ligados a pretensão de cada indivíduo são motivos que causam tensão individual e social.

Na busca de resolução dos conflitos, os indivíduos delegam ao Estado a autonomia de dizer a quem pertence o direito para tornar resolúvel dada situação, uma vez que a princípio não houve o cumprimento espontâneo das prescrições normativas por parte dos envolvidos para a composição do conflito.

Decorrente da necessidade de regulamentação da vida social, bem como diante da crescente proteção de direitos fundamentais, sobretudo, políticos, individuais, sociais, o Poder Judiciário passou a exercer papel central na estrutura do Estado, influenciando diretamente o ordenamento jurídico, principalmente em virtude do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e acesso à justiça, previstos na Constituição Brasileira de 1988.

Todavia, a ênfase excessiva no Poder Judiciário tornou-o incapaz de dar soluções a todas demandas, bem como comprometendo a efetivação e proteção de direitos, devido à sobrecarga de trabalho, morosidade das decisões.

Isto posto, busca-se analisar os meios alternativos de resolução conflituais como meios efetivos de garantia de direitos, bem como efetivos instrumentos de pacificação social.

### 1 O CONSTITUCIONALISMO E AS IMPLICAÇÕES AO ACESSO À JUSTIÇA

---

<sup>1</sup> Advogado, mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), campus de Santo Ângelo (RS).



Faz-se necessário em um primeiro momento analisar o constitucionalismo, de maneira a identificar sua influência na construção político-jurídica contemporânea, para posterior análise e compreensão das especificidades do conflito e os mecanismos alternativos de resolução conflitual.

Atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais têm pautado na Constituição Federal o seu principal elemento de composição.

O constitucionalismo moderno surge por volta do século XVIII e é afirmado com as revoluções burguesas, principalmente a Revolução Francesa de 1789. A Constituição traz consigo dois elementos que inovaram a ordem jurídico-política existentes no século XVIII, os quais foram a limitação do poder e a previsão de direitos.

Ao analisar a tendência da governabilidade no período do século XVI ao XVII, Foucault afirma que essa possui uma tendência ilimitada, a qual caracterizava o que se chamava na época de polícia, e que ao final do século XVIII chamar-se-á de Estado de polícia.

[...] que no regime da pura razão de Estado a governamentalidade ou, em todo caso a linha de tendência da governamentalidade era sem termo, não tinha fim. Em certo sentido, a governamentalidade era ilimitada. Era ~precisamente, isso que caracterizava o que se chamava, na época, de polícia, o que se chamara no fim do século XVIII, e com um, olhar já retrospectivo, de Estado de polícia. O Estado de polícia é um governo que se confunde com a administração, um governo que é inteiramente administrativo e uma administração que tem para si, atrás de si, o peso integral de uma governamentalidade (FOUCAULT, 2008, p. 51).

Com a nova razão governamental criada no século XVIII, a tendência de poder ilimitado foi atenuada a partir de uma limitação jurídica, uma limitação do poder interno, no qual precisamente o problema concentra-se na legitimação e exercício de poder público.

Assim, sob o escudo de um Estado mais liberal, o constitucionalismo passa a assegurar direitos ao indivíduo, direitos esses que busca assegurar a liberdade individual, a garantia e a proteção da propriedade privada, a declaração de direitos individuais a todas as classes sociais.

No entanto, a Segunda Guerra Mundial foi um marco histórico do constitucionalismo moderno, em que após seu término, as constituições passaram a assegurar valores como a dignidade humana e normas de direitos fundamentais, como forma de repúdio aos horrores corridos durante a guerra. Nesse sentido, Barcelos aduz que:

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a



valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado (BARCELLOS, 2005, p.85).

Nesse contexto, surge uma nova organização jurídico política, aproximando a Constituição ainda mais de um ideal de Estado democrático, denominado por muitos doutrinadores como neoconstitucionalismo. No Brasil, o neoconstitucionalismo tem sua maior recepção com a Constituição Federal de 1988, aliado com um movimento de redemocratização e reestruturação institucional do país, bem como da proteção e aplicação de direitos fundamentais, sobretudo, políticos, individuais, sociais. Do mesmo modo, o Poder Judiciário passou a exercer papel central na estrutura do Estado, influenciando diretamente o ordenamento jurídico-político, principalmente em virtude do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e acesso à justiça, previstos na Carta Magna de 1988.

## 2 O CONFLITO E SUAS ESPECIFICIDADES

É pressuposto para a compreensão das formas de tratamento de conflitos, analisar o motivo da existência da controvérsia. Fernanda Tartuce (2008, p. 23) conceitua o conflito, como “controvérsia, disputa, lide, litígio, contraste: há diversas nomenclaturas para este recorrente fenômeno nas relações pessoais”.

Do mesmo modo, Spengler (2008, p. 21-22) explica a conceituação de conflito:

A noção de conflito não é unânime. Nascido do antigo latim, a palavra conflito tem como a raiz etimológica a ideia de choque, ou ação de chocar, de contrapor ideias, palavras, ideologias, valores ou armas. Por isso, para que haja conflito, em primeiro lugar as forças confrontantes sejam dinâmicas, contendo em si próprias o sentido de ação, reagindo umas sobre as outras.

Na tentativa de uma explicação mais esmiuçada para a palavra conflito, tem-se que consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. Para manter esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes lançam mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes.



Sobretudo, Tartuce (2008, p.25), salienta que é preciso analisar e compreender que o conflito é “um tema que não envolve apenas aspectos jurídicos, mas também sociológicos, psicológicos e filosóficos”.

Segundo Warat (2004, p. 90), “não é o conflito, em si mesmo, mas como nos lidamos com ele, o que cria dificuldades”, tornando-o um catalisador, onde se vislumbra antecipadamente uma série de respostas e consequências enlaçadas. Nesse contexto de divergências de pretensões, Spengler (2008, p. 23) menciona que:

O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades, quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar através da violência direta ou indireta, através da ameaça física ou psicológica. No final, o desenlace pode nascer do reconhecimento da vitória de um sobre a derrota do outro. Assim, o conflito é uma maneira de ter razão independentemente dos argumentos racionais (ou razoáveis), a menos que ambas as partes tenham aceito a arbitragem de um terceiro. Então, percebe-se que não se reduz a uma simples confrontação de vontades, ideias ou interesses. É um procedimento contencioso no qual os antagonistas se tratam como adversários ou inimigos.

Vale ressaltar que o ambiente em que o conflito se desenvolve corrobora ao ponto de influenciar sua solução, pois “é preciso investigar a natureza do relacionamento das partes”, de modo a compreender se o conflito resulta de uma relação descartável ou continuada (PINHO, 2011, p. 278-279).

Warat (2004, p. 61) explica que o conceito jurídico de conflito é pensado pelos juristas como algo negativo e que deve de ser evitado, devido ao pensamento estar voltado a um litígio conexo com questões de direito e patrimônio e jamais pensado como termo de satisfação.

Entretanto, é importante fazer uma distinção entre conflitos destrutivos e construtivos. O conflito também demonstra uma situação passível ao desenvolvimento social, sendo por meio dele o meio dinâmico de interação que o homem encontra para estruturar-se socialmente, “assim, o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de construir-se num espaço em que próprio confronto é um ato de reconhecimento” (SPENGLER, 2008, p. 26).

Prosseguindo nessa linha, a mesma autora (2012, p.16) faz a seguinte ponderação:

Um conflito tem consequências destrutivas se seus participantes estão insatisfeitos com as conclusões e sentem, como resultado do conflito, que perderam. Similarmente, um conflito tem consequências produtivas se todos os participantes estão satisfeitos com os efeitos e sentem que, resolvido o conflito, ganharam. Também, na maioria das vezes, um conflito cujos efeitos são satisfatórios para todos os participantes será mais construtivo do que um que seja satisfatório para uns e insatisfatório para outros.



Assim, é notório que todo conflito resulta de uma sociedade heterogênea, onde cada indivíduo passa a impor seus pontos de vistas, tornando-os assim inerente das relações sociais. Dessa forma, Spengler (2012, p. 15) afirma que é necessário o reconhecimento de que litígios possam trazer implicações construtivas, principalmente frente as relações humanas que se transforma sem cessar, onde muitas vezes, a dissensão é o meio pelo qual essas alterações tornar-se possível.

Na linha de entendimento que reconhece os aspectos positivos do conflito, Fiorelli, Fiorelli e Malhadas (2008, p.45), esclarecem que “os conflitos muitas vezes, constituem a única maneira de promover mudanças benéficas para todos os envolvidos, sendo comum aquilo que um percebe como altamente desvantajoso, represente extraordinária oportunidade para outro”.

Waltrich (2014, p.63) assevera que:

O indivíduo não pode fugir a uma situação de conflito sem renunciar aos seus próprios direitos. Ele deve aceitá-la, pois é através do conflito que poderá ser reconhecido pelos outros. É verdade que o conflito pode ser destruidor, mas também pode ser construtivo. A função do conflito é estabelecer um contrato, um pacto entre os adversários que satisfaça os respectivos direitos e chegar, assim, à construção de relações de equidade e de justiça entre os indivíduos no interior de uma mesma comunidade e entre as diferentes comunidades. O conflito é, assim, um elemento estrutural de toda a relação com os outros e, por conseguinte, de toda a vida social.

Por certo que os métodos alternativos de tratamento dos conflitos, em especial a mediação, se propuseram a desmitificar a compreensão do conflito com algo negativo, possibilitando sua percepção como algo próprio das relações humanas. As contradições e as inquietações fruto das diferenças entre as pessoas permitem o aprimoramento das relações. Tal como acontece nas transformações dos conflitos, as diferenças apontadas funcionam como aliadas à construção de um vínculo mais sólido.

Assim, verifica-se que por meio dessa “dinâmica conflitiva torna-se, então, o meio de manter a vida social, de determinar seu futuro, facilitar a mobilidade e valorizar certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras”. Possibilita a transformação do indivíduo em suas relações sociais, principalmente as relacionadas ao surgimento dos conflitos, de modo que sua intervenção possa gerar consequências positivas, muitas vezes para o próprio grupo social. Nesse aspecto “essa dinâmica conflitiva permite verificar que o conflito pode ser tão positivo quanto negativo e que a valoração de suas consequências se dará, justamente, pela legitimidade das causas que pretende defender” (SPENGLER, 2012, p. 15).

Em vista disso, o tratamento das disputas pela mediação mostra-se mais adequado e essencial, com desígnios de dar melhores soluções às demandas impostas pela sociedade, uma vez que os conflitos não são solucionados pelo Poder Judiciário, no sentido de suprimi-los, eliminar as causas dos indivíduos que os originam.



### 3 PRINCÍPIOS E ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS DA MEDIAÇÃO

A mediação surge como meio adequado de tratamento em decorrência do óbice ao acesso à justiça e ineficiência da aplicação jurisdicional do Estado, em que a sociedade e os indivíduos ligados a pretensão buscam por iniciativa própria a composição.

Para Águida Arruda Barbosa (apud TARTUCE, 2008, p. 207), a mediação é:

Um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediados a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos.

Isto posto, a mediação resulta da atividade de facilitar o diálogo entre as partes, tendo como base a provocação da reflexão dos conflitantes, aos pontos controvertidos. Assim, com o objetivo de propiciar as partes solução das divergências vivenciadas, estimulando a consensualidade, preservando a afetividade e restabelecendo o diálogo entre os envolvidos, o qual muitas vezes não tem como ser estabelecido ou preservado na aplicação de uma decisão judicial.

A mediação pode ser vista como uma difundida, complexa e variada corrente de intervenção sobre relações interpessoais em conflito, um campo grupal constitutivo de reações de ajuda conduzidas por profissionais treinados a partir de um conjunto variado de técnicas, estratégias e saberes que facilitam o diálogo em vínculos conflituos através da descoberta, pelas partes em conflito, de afinidades eletivas que lhes permitem elaborar pontos em comum com o que terminam transformando o conflito numa relação mais satisfatória (WARAT, 2004, p. 212).

Para que seja possível entender a mediação, deve-se tomar como base princípios que criam diretrizes da atividade mediadora, destacando-se como essenciais os princípios da dignidade humana, do poder de decisão das partes, da informalidade, da participação de terceiro imparcial e da não-competitividade.

O princípio da dignidade humana é um direito fundamental resguardado pela Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, que segundo as palavras de Alexandre de Moraes (2014, p.18):

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem





menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Assim, a mediação está fundamentada na dignidade da pessoa humana em seu sentido mais amplo, pois o método permite ao mediando a possibilidade de tomar suas próprias decisões (TARTUCE, 2008).

Pelo princípio do poder de decisão das partes, é conferido a autonomia de decisão aos mediandos, podendo eles determinar o caminho para a resolução das controvérsias, sendo opção dos próprios mediandos a adoção do método de composição e o resultado final, tendo o mediador apenas o papel de direcioná-los para as possibilidades existentes e facilitador do diálogo.

Lília Maia de Moraes Sales (2003, p. 47), expõe que através do princípio da liberdade:

As partes é que decidirão todos os aspectos do problema sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução dos conflitos, mas não os decide.

Pelo princípio da informalidade, Tartuce (2008, p. 213) ensina que:

A mediação enquanto prática para a facilitação do diálogo entre as partes, não tem regras fixas (embora o mediador preparado conte com certas técnicas para a abordagem das partes e para o estabelecimento de uma comunicação eficaz com elas). Não há nenhuma forma exigível para a condução de um procedimento de mediação, dado que esta constitui, essencialmente, um projeto de interação, de comunicação eficaz. Assim, há quem diga que a informalidade é a tônica em tal mecanismo.

A imparcialidade está inteiramente ligada à atividade do mediador, a qual deriva da autonomia das partes (princípio do poder decisório das partes), tendo como função, ajudar os mediandos a encontrarem os pontos controvertidos, e restaurar o diálogo entre os envolvidos em condições de igualdade e reciprocidade. “A atuação do mediador deve ser conduzida de tal forma que a mediação represente, efetivamente, uma instância não julgadora, na qual os indivíduos possam discutir seus papéis e reavaliar seus interesses e suas posições” (TARTUCE, 2008, p. 217).

Por fim, também se destaca o princípio da não-competitividade devido ao método da mediação utilizar-se de técnicas consensual, verificando assim, uma situação cooperativa dos participantes no processo, elevando as oportunidades de alcançar o objetivo, aumentando assim, a chance de que o outro o faça (TARTUCE, 2008).

Dessarte, a mediação extrajudicial mostra-se mais adequada e surge com implicações positivas na resolução dos conflitos, principalmente os familiares, já que as medidas adotadas buscam a auto composição das questões em disputa, aproximando “as partes para discutir questões de



interesse mútuo ou não, observando e mediando pontos de vista convergentes e divergentes” (BRAGANHOLO, 2005, p. 72).

Destaca-se na mediação o papel do mediador, atuando como um terceiro facilitador, que ajudará os mediandos a voluntariamente entabularem um acordo, cabendo a ele observar há existência de equilíbrio entre os envolvidos e, em não havendo, aplicar as técnicas necessárias para que se faça presente, para que o acordo não decorra da imposição daquele que eventualmente exerce maior influência sobre o outro.

Dentre as principais finalidades da atividade mediadora, ressalta-se a busca pela retomada do diálogo entre as partes, bem como a preservação das relações, dos laços afetivos, devido a laços subjacentes, como exemplo, permitindo que mesmo após o rompimento das relações conjugais, conservem-se os laços afetivos, principalmente para com os filhos, assim como alvitra Eligio Resta (2014, p. 27):

[...]“mediação” indica um complexo de atividades, voltada a ligar dois termos distantes, mas conexos entre si. Mediar, como forma verbal que conota a atividade de mediação, quer dizer religar aquilo que agora está desconexo – porque a relação e o circuito interromperam-se – justo pelo fato de que compartilham exatamente aquilo que os separa. Mas o circuito e a relação eram e poderão ainda estar em funcionamento. Pode-se mediar tudo aquilo que se pode mediar e, performativamente, pode mediar quem pode mediar: a tautologia neste caso acrescenta algo e não se limita a uma inútil redundância. Qualquer sugestão nos pode ser indicada pela estatística, pela geografia e pela hermenêutica.

Denota-se, assim, o grande crescimento a utilização dos meios não-adversariais de composição. “Uma tendência mundial que vem sendo estimulada não apenas face aos problemas dos sistemas jurídicas, mas também pela evolução da sociedade rumo a uma cultura participativa” (TARTUCE, 2008, p. 201).

As novas condições técnicas de produção provocam impressionantes alterações na estrutura física e moral do mundo. O que, por sua vez, determinará mudanças antropológicas e na estrutura do saber. Antes tínhamos teorias, agora temos a necessidade de estabelecer uma passagem forte para uma forma de saber que oriente a participação (WARAT, 2004, p. 181).

Spengler e Tartuce (2010, 2008) explicam que essas técnicas alternativas surgiram fora do âmbito jurídico, com a finalidade de promover o diálogo e mudanças de paradigmas, principalmente com base na necessidade da negociação comercial e política. Tais técnicas tiveram institucionalização mais intensa no sistema americano, sob o nome de ADR (Alternative Dispute Resolution), onde a expressão destina-se a designar todos os procedimentos de tratamento de conflitos não que possuam intervenção da autoridade judiciária.

Spengler (2010, p. 294) esclarece que:



Essas práticas se conduzem em caminhos diversos daqueles até então privilegiado pela cultura jurídica que funcionava em torno de uma lógica determinista binária, na qual as opções estavam limitadas a “ganhar” ou “perder”. Essas práticas passam a observar as singularidades de cada participante do conflito, considerando em comum as bases de um tratamento efetivo, de modo colaborativo e consensuado.

Segundo Luiz Felizardo Barroso (2015):

Tanto a Mediação, como a Arbitragem, a Conciliação e a Negociação estão inseridas no sistema que se convencionou chamar de não adversarial, que têm em mira preservar o bom relacionamento entre as partes, tratando os conflitos entre elas como eventos episódicos, não necessariamente negativos ou disfuncionais.

Representam fatos da vida e ocorrem, por exemplo, quando pessoas ou entidades estão envolvidas em competição para o atingimento de metas, à primeira vista incompatíveis, ou quando entram em divergências ou, simplesmente, quando não puderam cumprir o pacto, no tempo e pelo modo convencionados.

No sistema não adversarial, como o próprio nome indica, não há adversários, muito menos perdedores, ou ganhadores em uma disputa, contrariamente às pendengas judiciais, em que o perdedor, condenado pelo juiz estatal, sucumbe ao ganhador da demanda, guardando certo ódio ou, ao menos, grande ressentimento para o resto da vida.

Hoje, busca-se a celeridade e a satisfação dos interesses das partes, principalmente aqueles não tutelados pelo processo judicial, através dos meios não adversariais de solução. Em análise histórica, percebe-se que os meios não adversariais continuaram a ser usados por alguns grupos, mesmo após a institucionalização do processo contencioso, como meios adequados e menos custosos, diversa a imposta pela estrutura tradicional processo judicial. Dessa forma, como exemplo a mediação, sempre fez parte da cultura, principalmente dos povos orientais, ligada aos costumes e rituais religiosos.

No Brasil, a prática da mediação toma forma a partir do final do século XX e início do século atual, como forma de dar solução aos litígios trabalhistas, posterior vindo a ser utilizada para a composição de divergências familiares e comerciais.

Assim, paralelamente a visão técnica do funcionamento da justiça, surge a preocupação dos processualistas, com a implantação de novos métodos de composição de litígios, sendo soluções mais adequadas do que a imposição autoritária da vontade da lei, falando-se na criação de novas vertentes para certos tipos de atuação jurisdicional (MIRANDA, 2012).

Essas novas mudanças ganham forma, possuindo presença significativa tanto na estruturação do processo contencioso como na instituição de novos procedimentos de resolução de conflitos.



#### **4 UMA POLÍTICA PÚBLICA DE MEDIAÇÃO**

A utilização dos métodos alternativos na resolução de conflitos é bastante recente nas práticas jurídicas brasileiras, principalmente as técnicas de mediação. Esses mecanismos de composição têm sólidas bases em outros países, onde as práticas vêm criando larga experiência. Deste modo, faz-se necessário o estudo da aplicação das práticas mediadoras, tendo como base o referencial histórico no direito comparado de modo a confrontar ao sistema processual brasileiro, vislumbrado a complementação do sistema judiciário.

Contudo, não podem ser analisados os mecanismos e técnicas aplicadas, principalmente de mediação, sem sopesar a regulamentação social de cada país, ou seja, cada prática desenvolvida condiz com a realidade social, desse modo questionam-se se as técnicas de mediação desenvolvidas em diferentes países e modelos de regulamentação social são os mesmos, assim como explica Jean-Pierre Bonafe-Schmitt (2012, p. 183):

É por essa razão que falar de modelos de mediação latino e modelo anglosaxão não é suficiente, pois não existe um só, mas modelos latinos e anglosaxões de mediação. Ter conhecimento desse “efeito social” significa respeitar, na análise, o lugar e a função utilizados pela mediação em cada país e seus modelos de regulamentação social.

O desenvolvimento dos métodos de alternativos de resolução, com o escopo de complementar os mecanismos tradicionais de regulação social, foi mais proeminente nos modelos jurisdicionais latino e anglo-saxão devido à crise das instituições judiciais (BONAFE-SCHMITT, 2012).

Destarte, ao analisar a mediação no direito comparado, pode-se constatar que em grande parte dos países, as iniciativas de implantar um modelo de resolução conflitual mais adequado partiu das bases, ou seja, dos militantes que buscam uma melhor aplicação da jurisdição do Estado, em face à crise, o que de certo modo também vem ocorrendo no Brasil.

O sistema judicial brasileiro em face de direitos constitucionais de ação e acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, não pode recusar de prestar a tutela jurisdicional, e delega essa função ao Poder Judiciário, que abarca quase a totalidade dos conflitos.

Decorrente desse monopólio jurisdicional, aliado ao crescimento da demanda litigiosa e a burocracia estatal, identifica-se uma crise no Poder Judiciário, o qual não consegue dar soluções de forma satisfatória as demandas. Assim, com à crise no sistema judiciário percebe-se o crescimento de instrumentos consensuais extra e intrajudiciários, conforme ensinamentos de Fabiana Spengler (2010, p. 26):

O judiciário foi organizado para atuar dentro de determinados limites, os quais estão muito aquém da complexidade conflitiva que lhe ocorre. Conseqüentemente, em meio aos aspectos multifacetários que marcam as relações sociais atuais, a busca de meios consensuais de tratamento de conflitos, mas também a busca pela



instituição de outra cultura que trabalhe com a concepção de fomento à reconstrução autonomizada do litígio.

Para a efetiva aplicação e para dar vazão ao volume de demandas que surgem em diversas áreas do direito, há necessidade de complementar a atividade jurisdicional prestada pelo Estado, sendo os métodos consensuais os meios adequados de solução do grande número de controvérsias, podendo elas serem aplicadas tanto dentro ou fora do processo (BACELLAR, 2012). Embora enfatizado por muitos doutrinadores, a implantação de modelos não adversariais de resolução, em especial a mediação, não visa apenas a desjudicialização, mas como forma de dar melhores soluções as contendas.

Bacellar (2012, p. 63), enfatiza que em quase sua integralidade as causas estão no Poder Judiciário, e que cada vez mais o cidadão está recorrendo a esse meio para resolução de conflitos e muitas vezes desnecessárias. Desse modo, “o CNJ começa a traçar diretrizes que integram a política judiciária relativa ao tratamento adequado dos conflitos e que, bem conduzidas garantirá a sustentabilidade e eficiência do sistema”.

De tal modo os meios extrajudiciais de resolução de conflito, com foco especialmente na mediação, começam a fazer parte da estrutura do Poder Judiciário como forma de redirecionamento interno ou outras que sejam delegadas ou criadas em instituições privadas, tornam-se ações destinadas ao descongestionamento do sistema e efetivação de direitos (BACELLAR, 2012).

Paralelamente a visão técnica do funcionamento da justiça, surge a preocupação dos processualistas, com a implantação de novos métodos de composição de litígios, sendo soluções mais adequadas do que a imposição autoritária da vontade da lei, falando-se na criação de novas vertentes para certos tipos de atuação jurisdicional (MIRANDA, 2012).

Essas novas mudanças ganham forma, possuindo presença significativa tanto na estruturação do processo contencioso como na instituição de novos procedimentos de resolução de conflitos, com o Instituto da Mediação e da Arbitragem, regulados pela Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, a qual possibilitou a instalação de Câmaras de Arbitragem, desvinculando a arbitragem do Poder Judiciário, onde até então, no Brasil, não existia lei regulamentando a prática da mediação, sendo que os litígios eram regulamentados pelas normas de direitos e princípios do direito civil.

Com a Resolução 125/10 do CNJ, cria-se a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, de modo que a prática mediadora passa a ser difundida, bem como regulamentando a implementação de núcleos de conciliação nos tribunais.

Segundo Humberto Theodoro Junior (2015), cria-se uma estrutura multiportas, buscando a adoção de uma solução integrada dos litígios, com garantia constitucional. A mescla de técnicas de dimensionamento de litígio se faz necessário devido as características do cidadão brasileiro, em delegar a resolução de conflitos ao judiciário, fato que facilmente se demonstra pela



“hiperjudicialização”, mesmo conflitos que poderiam ser resolvidos pela autocomposição das partes.

Denota-se, assim, grande passo para o fortalecimento dessa nova cultura, do instituto da mediação, foi a incorporação das técnicas e a regulamentação pelo novo Código de Processo Civil e a Lei 13.140/2015. Mas, a efetivação somente torna possível através de uma “política pública permanente, não só estimulando, mas com diretrizes e investimentos público na formação e qualificação profissional dos magistrados e demais agentes do sistema de Justiça” (FAVRETO, 2015, p. 18).

Ao implementar uma nova política pública, surgem objeções, visto que há a necessidade de serem criadas condições para que possa desenvolver e expandir. Como ressalva Favreto (2009), no caso da mediação, o grande empecilho consiste em encontrar formas de replicar os resultados, tornando o acesso disponível a todos os usuários do Poder Judiciário, de modo que, todos que tiverem interesse possam fazer uso desse método de composição conflitiva.

Ademais, Elisa Corrêa dos Santos Townsend (2015) faz referência que a sociedade tende a repelir o que é novo, o que não ocorrer diferentemente da mediação. Os obstáculos surgiram até o momento que a mediação sedimentasse no sistema, tornando sua aplicação mais ampla e demonstrando os benefícios a sociedade, principalmente relativos ao acesso à justiça. Assim, a expectativa com o novo Código de Processo Civil é de que as práticas tendem a crescer de forma exponencial, absorvendo maior número de casos.

De fato, as medidas têm corroborado para a implementação e disseminação das práticas de mediação e conciliação, uma vez que tanto a lei de Mediação como o novo Código de Processo Civil confirmam o trabalho que já vinha sendo desenvolvido de uma nova política pública de acesso à justiça pelos tribunais estaduais e pelo CNJ desde de 2006. Atualmente grande maioria dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais possuem núcleos de soluções de conflitos conforme estabelecido pela Resolução nº 125.

Consequentemente, de maneira ludibriada, possa pensar em uma nova política cultural, onde a mediação representa uma mudança mental ideológica política em cada indivíduo integrante da sociedade possa de maneira autônoma solucionar suas dissidências, recorrendo a tutela jurisdicional do Estado em última instância.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os conflitos são inerentes da vida social não bastando uma norma reguladora para que possa impedir ou suprimi-los, pois são resultantes de fatores ligados a pretensão de cada indivíduo. Na busca por uma forma de resolução mais adequada às complexidades sociais, concomitante ao óbice de acesso à justiça e a insatisfação das partes com as soluções das demandas impostas pelo sistema judiciário, a mediação aparece como uma forma consensual de tornar os conflitos mais resolutivos e mais céleres.



Assim, surge com implicações positivas na solução dos conflitos, que com o passar do tempo passa a ser vista como modelo de complementação. O desenvolvimento e a implantação da mediação no sistema judiciário, não somente no Brasil como em vários outros países, é impulsionado através da constatação da crise nas estruturas jurisdicionais, devido a mudanças nas relações sociais.

Nesse contexto, surge como nova organização jurídico-política, e como mecanismo constitucional de acesso à justiça, bem como da proteção e aplicação de direitos fundamentais, sobretudo individuais, sociais. Desse modo, o objetivo fundamental da ação mediadora é de promover a justiça, e nos termos do novo CPC, verifica-se que a mediação passa a compor um quadro de soluções integradas, ao invés de meios alternativos na solução de disputas, criando instrumentos de comunicação e de troca cooperativa, possibilitando a escolha de técnicas mais adequadas para o dimensionamento de cada conflito.

Diante desse contexto, através as políticas adotadas, verifica-se o Brasil tem dado passos significativos para a implantação de um novo processo jurisdicional, o qual se assemelha ao modelo de múltiplas portas aplicado no cenário internacional, capaz de transformar as relações dos conflitantes, contribuindo para uma prestação jurisdicional de qualidade, célere e eficaz.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitória. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Características e distinções.** Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/363/289](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/363/289)>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 240, 2005.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Mediação, Arbitragem, Conciliação e Negociação.** Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2015/03/mediacao-arbitragemconciliacao-e-negociacao/>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. **Os modelos de mediação: modelos latinos e anglosaxões de mediação.** Meritum – Belo Horizonte – v. 7 – n. 2 – p. 181-227 – jul./dez. 2012.

BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. **Novo desafio do direito de família contemporâneo: a mediação familiar.** R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 70-79, abr./jun. 2005.



**BRASIL. Constituição Federal de 1988.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.  
Acesso em: 28 ago. 2016

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.** Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm) >.  
Acesso em: 28 ago. 2016

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 13.140, de 26 de Junho De 2015.** Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm) >.  
Acesso em 28 ago. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 125.** Disponível em:  
<[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/arquivo\\_integral\\_republicacao\\_resolucao\\_n\\_125.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2016.

FAVRETO, Rogério. **A implantação de uma política pública.** In Azevedo, André Gomma (org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2009

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: Curso dado no Collège de France (1979-1979).** Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Aspectos Relevantes do Instituto da Mediação no Mundo e no Brasil.** Disponível em:  
<<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>>.  
Acesso em: 28 ago. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional – 30 ed.** São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A Mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil.** In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2011.

RESTA, Eligio. **Tempo e Processo.** Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.





SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição a mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. **Conflito, jurisdição e Direitos Humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social**. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2008.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização**. São Paulo: Editora Forense, 2015.

TOWNSEND, ELISA Corrêa Dos Santos. **Mediação no Novo CPC**. Revista do Processo: RePro, v. 40, n. 242, p. 551-564, abr. 2015.

WALTRICH, Dheimy Quelem. **A mediação comunitária como política pública democratizadora de acesso à justiça: descrição e análise do Projeto Justiça Comunitária em Passo Fundo (RS)**. Santa Cruz do Sul: Esse nel Mondo, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



## **DIREITO E INTERNET: PROBLEMÁTICAS NA SOCIEDADE DIGITAL E A BUSCA DAS RESPECTIVAS SOLUÇÕES**

*Camila Duarte<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo principal apresentar alguns conflitos da sociedade digital, na tentativa de buscar as respectivas resoluções. A questão central apresentada trata-se da problemática do spam. Primeiramente faz uma breve análise sobre o que é o spam, buscando apresentar algumas facetas desse fenômeno tecnológico. Discute o spam como um problema global relacionado com o consumo, que atinge a maioria das pessoas que estão inseridas na sociedade digital. Enfocando-se, dessa forma, na busca de soluções para a conduta reprovável dos spammers à luz da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, versando sobre iniciativas morais e jurídicas no combate ao spam já perpetradas no Brasil. Ao final foi elaborado um estudo acerca das possibilidades de buscar novas alternativas para solucionar a problemática do spam, com a criação de uma política anti-spam.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sociedade digital; Spam; Resoluções de conflitos; Constituição Federal de 1988; Código de Defesa do Consumidor.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Vive-se atualmente em uma era que a todo o momento as tecnologias ampliam seu espaço de abrangência. Em decorrência do aparecimento e frequente evolução das tecnologias surgiu uma nova sociedade, que pode ser nomeada de sociedade digital ou sociedade da informação. Atente-se que tal sociedade surgiu na década de setenta, com o advento da rede mundial de computadores. Notadamente que a popularização desse fenômeno possibilitou com que muitas pessoas passassem a ter contato com o mundo eletrônico.

A conseqüente inserção da tecnologia nos mais distintos setores da sociedade acarretam novos comportamentos e fatos jurídicos. Convém salientar, que um desses comportamentos certamente é a prática spamming, concretizada pelo spammer, o qual remete as mensagens spams. Em sua plena essência, o spam pode ser estimado como um comportamento negativo, por ser uma prática abusiva e dependendo da situação pode ser considerada até criminosa. Destarte, o spam pode então deixar de ser um simples aborrecimento ao consumidor, tornando-se um problema que causa grande incômodo, atingindo o bem estar do destinatário.

---

<sup>1</sup>Acadêmica e Bolsista CAPES do Curso de Mestrado em Direito do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Pós-graduanda na área de Direito do Consumidor. Graduada em Direito pela Unijuí, Campus Três Passos/RS. E-mail: camila\_duarte@hotmai.com.



Nesse ínterim, os destinatários dos spams teriam algum amparo legal em relação aos remetentes dessa praga digital? Assim, o presente trabalho será desenvolvido com o objetivo principal de analisar e examinar o spam à luz do Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seu artigo 39, inciso III e à luz da Constituição Federal de 1988. Contudo, também será feito um estudo das possibilidades de buscar soluções eficientes para a defesa do consumidor no mundo digital, utilizando mecanismos adequados e razoáveis, bem como a criação de uma lei específica que trata de tais pontos.

Impõe agregar, que a metodologia utilizada na construção da pesquisa do presente trabalho foi do tipo exploratória, ou seja, o procedimento técnico utilizado foi o da pesquisa bibliográfica, utilizando de todos os materiais disponíveis acerca da temática, sendo efetuada em meios físicos e especialmente na rede mundial de computadores. Quanto à realização do trabalho, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, no qual foram adotados alguns procedimentos, como a seleção da bibliografia e documentos relacionados com o tema proposto e a leitura e resumo do material utilizado, os quais resultaram na exposição do presente artigo.

## **1 UMA VISÃO GERAL SOBRE O SPAM**

Os avanços da tecnologia bem como a concorrência empresarial permitiram uma acessibilidade maior e mais barata ao que se refere ao uso de computadores. Nesse ínterim, é possível afirmar que a internet hoje é um meio utilizado por grande parte das pessoas, sendo que grande número destas utilizam tal mecanismo como meio de trabalho, tornando-se quase um meio de comunicação essencial para suas vidas. Pondera-se, que as pessoas passaram a ter contato com o mundo eletrônico e em consequência de tal fato detectou-se uma alteração nos comportamentos e fatos jurídicos que intervêm em toda a sociedade. Um desses comportamentos, sem dúvida, é o denominado spam. Renata Cicilini Teixeira (2004, p. 15) entende que:

Spam se refere ao envio de e-mails não-solicitados. Trata-se de algo semelhante às malas diretas que chegam a nossas casas, sem que tenhamos nos cadastrado para recebê-las, ou então, semelhante àquela enorme quantidade de panfletos distribuídos nos semáforos e às ligações de telemarketing que recebemos em nossas casas frequentemente.

Em uma visão consumerista é possível mencionar que o consumidor ao contratar um provedor, efetua pagamentos mensais ou anuais e não tem o poder de decisão quanto a receber ou não e-mails indesejados, perdendo seu tempo e de certa forma sentindo-se oprimido frente à problemática spamming. Alberto Wagner Collavizza, Fernando Lacerda Menegat e Michel Igor de Almeida Ennes (2009, p. 1) elucidam acerca do spam que:



A massa de dados gerada pelo envio de mensagens indesejadas consome uma parte significativa dos esforços humano e computacional da internet, além disso, a quantidade de mensagens e propagandas que entram diariamente em nosso campo de visão superam em grande escala a quantidade de informação útil que encontramos. Controlar este crescimento desenfreado, tanto da internet quanto do spam, sem restringir a liberdade dos usuários é o principal desafio que enfrentaremos nas próximas décadas.

Não há lei que dispõe sobre o envio de e-mails indesejados em grande massa. A Lei 8.078/90, não trata especificamente sobre o assunto. O problema do spam tornou-se de certa forma mundial e social que afeta praticamente todos os seres humanos globalizados. A consciência de que o problema é mundial e que atinge proporções elevadas no mundo inteiro, vem preocupando a sociedade em geral. A busca para a solução de tal problemática deveria ser muito mais ampla e isso nos traz a plena percepção de que é necessária a regulamentação da conduta spamming em meio ao Código de Defesa do Consumidor, bem como a criação de uma lei específica regulamentando as condutas ilícitas advindas do meio eletrônico. No entendimento de Walter Aranha Capanema (2009, p. 118):

A descrição da situação fática do combate ao spam e às pragas virtuais no Brasil tem um duplo objetivo: compreender o real panorama nacional, com suas peculiaridades e características e, ainda, apontar as situações que necessitam de um amparo legislativo para um enfrentamento desse problema tão moderno.

Nota-se, portanto, que etimologicamente o termo spam não teve sua procedência no mundo da tecnologia e sim na marca de uma carne enlatada (denominada spam), produzida pela empresa americana Hormel Foods Corporation durante a II Guerra Mundial.

Com o desenrolar da II Guerra Mundial no continente europeu, tal produto era um dos produtos permitidos no grave racionamento de suprimentos da Inglaterra, e foi enviado pelos aliados aos soldados soviéticos para suportar a sangrenta Batalha de Stalingrado. (CAPANEMA, 2009, p. 19)

Convém salientar, que como se tratava de um dos poucos produtos industrializados da época frente à escassez alimentícia na Inglaterra, tornou-se um alimento repetitivo. Segundo Collavizza, Ennes e Menegat (2009, p. 1):

[...] há uma sátira sobre o racionamento de comida ocorrido na Inglaterra durante e após a segunda Guerra, onde o Spam foi um dos poucos alimentos que não fizeram parte dessa política. Logo, deduz-se que as pessoas o consumiam bastante, implicando em eventuais enjoos [...]



A expressão spam então foi associada ao envio de mensagens não solicitadas, em decorrência de uma série de comédia de um grupo de humoristas ingleses, denominado Monty Phyton. Teixeira (2004, p. 22), explica:

O trecho produzido pelo Monty Phyton e citado como a verdadeira fonte de inspiração para o uso do termo “spam” no contexto da Internet apresentava um grupo de vikings em um restaurante, onde a garçonete recitava o cardápio, e a maioria dos itens era à base de SPAM. Enquanto a garçonete repetia a palavra várias vezes, o grupo de vikings ensaiava uma música: “SPAM, SPAM, SPAM, SPAM, SPAM, SPAM, SPAM, SPAM lovely SPAM! Wonderful SPAM”. Traduzindo: “SPAM, SPAM,..., SPAM, adorável SPAM! Maravilhoso SPAM!” Assim, diz a lenda que a relação entre a música dos vikings e o uso do termo para designar os e-mails não solicitados remonta à ideia de algo que repete várias vezes, gerando muita perturbação e chateação.

Adotou-se então a expressão spam, denotando o e-mail repetitivo, intolerável e fadigoso. Nesse sentido, quanto à própria conceituação do spam é possível afirmar que é uma correspondência eletrônica enviada em massa aos internautas e consumidores, sem qualquer solicitação por parte desses. Consoante entende Teixeira (2004) há a existência de uma definição genérica que é muito utilizada, definindo o spam como qualquer mensagem eletrônica não solicitada. Para Lúcia Helena Blum (2001, [S.p.]):

O spam nada mais é do que o envio ao usuário (consumidor) de propagandas de serviços ou produtos, oferecendo uma gama de vantagens para o caso de uma efetiva contratação ou utilização, sem que tenha sido solicitado, ou seja, o usuário da Internet não solicita, não fornece seu endereço virtual, e, mesmo assim, recebe em sua caixa de correio eletrônico verdadeiros "convites" a aderir aos mais variados planos, produtos, grupos, jogos, serviços, etc. Então, após receber suas mensagens, o usuário perderá um bom tempo selecionando, lendo e deletando aquelas indesejadas.

Os e-mails spam são frequentemente denominados de lixo, e quem os envia, ou seja, o remetente do spam é chamado de spammer. Já a prática de enviar spam é nomeada de spamming.

## 2 A INTERNET E SUAS PECULIARIDADES

A nossa sociedade vem passando por mudanças, e essas mudanças fazem com que os seres humanos que nela estão inseridos modifiquem suas maneiras de ver e interagir com as coisas. Desse modo, o avanço acelerado da tecnologia modificou de forma inimaginável os comportamentos das pessoas, alterando também as relações sociais entre elas. As redes de computadores estão crescendo de maneira rápida, e com isso vem moldando a vida em sociedade. Eis, que interessante é relatar o que Newton de Lucca (2012, p. 11), diz acerca da realidade que vivenciamos atualmente. Assim menciona:



É inquestionável que testemunhamos, no mundo contemporâneo, a ocorrência de profundas modificações, não somente no plano social, como também no campo político e econômico. Vemos surgir uma nova era para a humanidade, caracterizada pelo advento de inovadoras tecnologias da informação, que transformaram de modo substancial os canais pelos quais dá-se a declaração da vontade humana.

Assim, podemos concluir, que atualmente estamos inseridos na sociedade digital, que também pode ser denominada de sociedade da informação ou sociedade do conhecimento. Lucca (2012) afirma que o mundo está se transformando do analógico para o digital. Contudo, cogente se faz relatar que a rede mundial de computadores, ou melhor, a internet, nasceu na Guerra Fria, conforme já mencionado. Tal mecanismo foi criado para fins militares.

Nesse contexto, a internet serviria como um dos instrumentos das forças armadas norte-americanas para conseguir manter as comunicações em caso de ataques inimigos que pudessem destruir os meios convencionais de telecomunicações. Nos anos de 1970 e 1980 a internet passou a ser utilizada também, como um meio de comunicação acadêmico. Imprescindível mencionar, que a internet apenas surgiu para a população em geral nos anos noventa, em meados de 1993, deixando de ser apenas um mecanismo utilizado pelos governos e centros acadêmicos. O site sua pesquisa.com ([S.d.], p. 1) faz um estudo sobre a história da internet, e esclarece que:

A década de 1990 tornou-se a era de expansão da Internet. Para facilitar a navegação pela Internet, surgiram vários navegadores (browsers) como, por exemplo, o Internet Explorer da Microsoft e o Netscape Navigator. O surgimento acelerado de provedores de acesso e portais de serviços on line contribuíram para este crescimento. A Internet passou a ser utilizada por vários segmentos sociais. Os estudantes passaram a buscar (sic) informações para pesquisas escolares, enquanto jovens utilizavam para a pura diversão em sites de games. As salas de chat tornaram-se pontos de encontro para um bate-papo virtual a qualquer momento. Desempregados iniciaram a busca de empregos através de sites de agências de empregos ou enviando currículos por e-mail. As empresas descobriram na Internet um excelente caminho para melhorar seus lucros e as vendas on line dispararam, transformando a Internet em verdadeiros shopping centers virtuais.

A internet, como já referido em momentos anteriores, tornou-se um instrumento essencial para a vida das pessoas, sendo que atualmente inúmeras atividades podem ser efetivadas por intermédio dela. Atente-se, que irônico seria se não fosse à verdadeira realidade atual, que até manter um relacionamento amoroso via internet tornou-se prática corriqueira nos dias de hoje. Prova da real importância da internet é a declaração que a ONU



(Organização das Nações Unidas) publicou no ano de 2011. Segundo o site da UOL (2011, p. 1):

A Organização das Nações Unidas (ONU) publicou, [...] um novo relatório sobre promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão. No documento, a instituição ressalta que desconectar as pessoas da Internet é um crime e uma violação dos direitos humanos. Impedir o acesso à informação pela web infringe, segundo a ONU, o Artigo 19, parágrafo 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966. De acordo com o Artigo, todo cidadão possui direito à liberdade de expressão e de acesso à informação por qualquer tipo de veículo. O parágrafo 3 até considera a hipótese de aqueles que tiverem transgredido algum tipo de lei, envolvendo meios de comunicação, possam sofrer restrições específicas. No entanto, não totais e apenas se as transgressões colocarem em risco os direitos e reputações de outras pessoas ou a segurança nacional.

Nesse contexto, não podem deixar de serem citados os dez Princípios e Direitos da Internet. O site da FGV Direito Rio (2011) trouxe a notícia de que por iniciativa do **Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS)** da FGV Direito Rio, foi elaborado um documento com os **10 Princípios e Direitos da Internet**, sendo lançado no dia 30 de março de 2011 em reunião com a ONU (Organizações das Nações Unidas) na Suécia. Consoante se extrai do corpo do texto do site da FGV Direito Rio (2011, p. 1), os 10 princípios referidos são os seguintes:

- 1) Universalidade e Igualdade - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, que devem ser respeitados, protegidos e cumpridos no ambiente online.
- 2) Direitos e Justiça Social - A Internet é um espaço para a promoção, proteção e cumprimento dos direitos humanos e também da promoção de justiça social. Cada indivíduo tem o dever de respeitar os direitos humanos de todos os outros no ambiente online.
- 3) Acessibilidade - Todos os indivíduos têm igual direito de acesso e utilização a uma Internet segura e aberta.
- 4) Expressão e Associação - Todos os indivíduos têm o direito de procurar, receber e difundir informação livremente na Internet sem censura ou outras interferências. Todos os indivíduos têm também o direito de se associar livremente, seja para fins sociais, políticos, culturais ou outros, na e através da Internet.
- 5) Privacidade e Protecção (sic) de Dados - Todos os indivíduos têm o direito à privacidade online, incluindo a liberdade de vigilância, o direito de usar criptografia e o direito ao anonimato online. Todos os indivíduos têm também o direito à protecção (sic) de dados, incluindo o controle sobre colecção (sic), retenção, transformação, eliminação e divulgação de dados pessoais.
- 6) A Vida, Liberdade e Segurança - O direito à vida, à liberdade e à segurança na Internet devem ser respeitados, protegidos e cumpridos. No ambiente online estes direitos não devem ser desrespeitados, ou utilizados para violar outros direitos.
- 7) Diversidade - A diversidade cultural e linguística na Internet deve ser promovida; técnicas e políticas inovadoras devem ser



incentivadas para facilitar a pluralidade de expressão. 8) Rede de Igualdade - Todos os indivíduos devem ter acesso universal e aberto ao conteúdo da Internet, livre de priorização discriminatória, de filtragem ou controle de tráfego por motivos comerciais, políticos ou outros. 9) Normas e Regulamentos - A arquitetura da Internet, os sistemas de comunicação e o formato de documentos e dados devem ser baseados em padrões abertos que garantem a completa interoperabilidade, a inclusão e a igualdade de oportunidades para todos. 10) Governança - Os direitos humanos e a justiça social devem formar as bases legais e normativas sobre as quais a Internet funciona e é governada. Isto deve acontecer de forma transparente e multilateral, baseada nos princípios de abertura, participação inclusiva e de responsabilização.

O referido documento deve ser respeitado pelos internautas, sendo que tem como objetivo a boa administração e uso adequado da internet.

### **3 A DEFESA DO DESTINATÁRIO DO SPAM: ARTIGO 39, III DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ARTIGO 5º, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Antes de adentrar ao estudo do artigo 39, inciso III do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988 em defesa do destinatário do spam, é preciso fazer alguns esclarecimentos. Primeiramente, cumpre destacar, que dificilmente iremos nos deparar com alguém que vive na era da tecnologia e nunca foi vítima de um spam, seja via internet, via celular, bem como por outros meios. Dessa forma, pode-se constatar de uma maneira geral que os destinatários do spam somos todos nós. Em decorrência disso, é plausível ainda mencionar que todos nós somos consumidores, de uma maneira ou de outra, seja pelo simples fato de adquirir um celular, que é um produto, ou assinar um provedor, que é um serviço. Logo conclui-se que todos os destinatários do spam são consumidores. Para Cristiano Heineck Schmidt e Fernando Nunes Barbosa (2010, p. 15):

A sociedade de consumo é formada pela grande massa dos consumidores, tendo suas necessidades supridas pelos fornecedores de produtos e de bens. Desse agrupamento, somente não participam o ermitão, ou silvícola, que sobrevivem isoladamente do contexto da sociedade. Efetivamente, não há como não contratar, pois não se vive sem consumir.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) que é uma lei de função social tem como objetivo principal equilibrar a relação de consumo, que é desigual, protegendo a parte vulnerável que é o consumidor. Foi com a intenção de defender o vulnerável da relação consumerista que se explanou de forma objetiva e clara, no Código de Defesa do Consumidor, especificamente em seu artigo 39 a proibição de práticas abusivas frente ao consumidor. São doze incisos e um parágrafo único que estipulam certas vedações aos





fornecedores de produtos e serviços. O spam pode ser enquadrado perfeitamente no rol de práticas abusivas elencadas no artigo 39, III da Lei 8078/1990. Frisa-se que tal enquadramento é feito de forma analógica. O artigo 39, III, assim dispõe:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

Consoante o entendimento de Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad Moura (2008, p. 94):

As práticas abusivas infelizmente repetem-se e se modificam a outras finalidades, resultando em prejuízo ao consumidor, sendo que ocorrem independentemente do valor do dano. Com efeito, lesões de pequeno valor, se consideradas em conjunto, dão a correta dimensão dos ganhos manifestamente excessivos dos fornecedores.

Nota-se que a prática abusiva é aquela em que, de certa forma, atinge o bem-estar do consumidor. Nesse sentido, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (apud SCHMIDT; BARBOSA, 2009) menciona que as práticas abusivas formam um conjunto variado de atividades, sendo este o gênero do qual as cláusulas abusivas e a publicidade abusiva são espécies. A prática abusiva pode ser conceituada como a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. A prática de enviar mensagens eletrônicas, seja o e-mail propriamente dito ou mensagem SMS, sem solicitação por parte do consumidor, é desconfortável, acarretando violação a intimidade e a vida privada do destinatário.

A Constituição Federal traz em seu texto proteção no que concerne a violação da vida privada e intimidade da pessoa, em seu artigo 5º, inciso X. Traz a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte:  
X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Destarte, sustenta-se que as práticas abusivas são aquelas que o consumidor não consegue combater, ou seja, não importa o momento em que elas sejam perpetradas, e sim importa a falta de condições por parte do consumidor para defender-se. Especialmente sobre o envio do spam via internet, Patrícia Peck Pinheiro (apud OLIVEIRA, 2009, p. 1) se manifesta, observando que “não há uma definição exata do que possa ser considerado um uso abusivo da rede. [...] Na Internet como um todo, os comportamentos listados a seguir são geralmente considerados como uso abusivo: envio de



Spam; [...]”. Podemos citar algumas práticas abusivas, que podem ser enquadradas como spam, por exemplo, quando o consumidor/internauta sem fornecer seu endereço eletrônico começa a receber inúmeros e-mails de propagandas de serviços e produtos, bem como alguns tipos de correntes supersticiosas, prometendo sorte caso o consumidor repassar e azar se ler e apagar. Outro exemplo são as mensagens SMS e o serviço de telemarketing, sendo que os destinatários são os usuários de telefones (celular ou convencional), em que os remetentes ofertam algum serviço que o destinatário não tem qualquer tipo de interesse.

[...] o fornecedor visa compelir o consumidor a contratar com ele, impondo o bem, introduzindo-o na vida do consumidor, sem solicitação deste, e criando uma série de, por um lado, vantagens na adesão (para atraí-lo) e, por outro, ônus para que dele se desfaça (para mantê-lo). (BLUM, 2001, [S.p.]

Impõe agregar, que os folhetos de propaganda distribuídos na rua, bem como aqueles que são colocados em nossa caixa de correio tradicional, em uma primeira e rápida visão poder-se-ia concluir que tais condutas seriam enquadráveis como spam. Mas na verdade não são. E a razão desses comportamentos não serem spam é de que essa praga está intimamente relacionada com o avanço da tecnologia, ou seja, é uma praga digital. Mas acima de tudo, é porque os spams acarretam de certa forma um custo ao destinatário, o que não ocorre com a entrega de folhetos de propagandas pelo meio tradicional, uma vez que quem arca com a despesa é o próprio fornecedor. Quanto ao SMS, ou melhor, mensagens de telefone celular, é forçoso mencionar que a ANATEL, em maio de 2010, estabeleceu que as operadoras não poderiam mais enviar propagandas ao usuário, sem a sua expressa autorização. Nesse sentido, extrai-se do texto de Luís Osvaldo Grossmann (2010, p. 1) o seguinte:

As operadoras de telefonia móvel não podem mais enviar mensagens com conteúdo publicitário sem autorização do consumidor. A regra, na verdade, já existia, mas as operadoras se valiam de uma manobra nos contratos para contornar a restrição. Desde 1º de maio, porém, o artifício também é ilegal. O regulamento do Serviço Móvel Pessoal já prevê que a publicidade só pode ser enviada com autorização dos clientes. Por isso, as operadoras incluíam uma cláusula no contrato prevendo essa permissão. Assim, ao adquirirem o serviço de telefonia móvel, os clientes automaticamente permitiam a propaganda nos aparelhos. Provocada pelo Ministério Público Federal, a Anatel resolveu fazer cumprir o próprio regulamento. No fim de janeiro, a agência enviou um comunicado às empresas avisando que, a partir de 1º de maio, os contratos devem trazer um campo onde o cliente diz se aceita ou não a propaganda. O mesmo ofício determina que todas as cláusulas dos contratos devem ser escritas, no mínimo, em corpo 12, como forma de evitar as letras miúdas.



Verifica-se que tal regulamento não teve muita força, sendo que as operadoras de telefonia móvel continuam ocupando o lugar de destaque como remetentes de spams. De acordo com Blum (2001, [S.p.]) “é forçoso concluir que o consumidor não pode ficar exposto a tais abusos, sem que sejam punidos aqueles que se valem destes artifícios. A conduta dos spammers é atentatória contra os direitos do consumidor e, como tal, deve ser repelida.”

Nesse ínterim, verifica-se que o fornecedor que comete alguma prática que pode ser considerada abusiva, prejudicando de alguma forma o consumidor sofrerá alguma penalidade de natureza administrativa, e ainda o consumidor poderá se valer da esfera civil para pleitear os reparos dos danos causados, observando o que dispõe o artigo 6º, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor. *In verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VII- o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

Por todo exposto, podemos concluir que atualmente o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal são os instrumentos legislativos mais aptos a serem utilizados para combater e reprimir a conduta spammer. Uma vez que, o dispositivos principais para enquadrar a prática spam são o artigo 39, III e o artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988, portanto como mencionado anteriormente, há diversos outros. Ainda, há a possibilidade de buscar auxílio junto ao Código Civil no caso de reparação aos danos causados, e também junto ao Código Penal, no caso de ser configurado algum crime, como por exemplo, o de pedofilia.

#### **4 INICIATIVAS MORAIS E JURÍDICAS ANTI-SPAM NO BRASIL**

O Brasil ainda não é um exemplo no que concerne à proteção do destinatário do spam. Mas frisa-se, que há algumas iniciativas que devem ser estudadas e analisadas no presente trabalho, quais sejam a criação de um código de ética anti-spam e projetos de leis que inibam a atitude spammer. O Código de Ética Anti-spam foi apresentado no dia 11 de novembro de 2003 pelo Comitê Brasileiro Anti-spam. Para Daniele Braum (2003, p. 1):

Regulamentar o envio de e-mails comerciais e orientar as empresas brasileiras sobre as melhores práticas para utilizar o meio eletrônico em suas campanhas são os principais objetivos do "Código de Ética Anti-Spam e Melhores Práticas de Uso de Mensagens Eletrônicas" apresentado nesta terça-feira (11/11) pelas oito entidades que compõem o Comitê Brasileiro Anti-Spam. [...] A proposta considera tanto a permissão do recebimento de mensagens pelo destinatário (opt-in) como a opção do destinatário em ser definitivamente excluído de determinadas listas de endereços ou bancos de dados eletrônicos



usados para o envio de mensagens eletrônicas ou malas diretas digitais (opt-out).

Impõe agregar, que para ser apreciada como uma prática spamming é preciso que sejam enviadas mensagens eletrônicas e que nessas mensagens contenham a inexistência de identificação ou falsa identificação do remetente, ausência de prévia autorização (opt-in) do destinatário, inexistência da opção "opt-out", abordagem enganosa, ausência da sigla NS (de Não Solicitado) no campo do assunto, quando a mensagem não tiver sido previamente solicitada, impossibilidade de identificação de quem é de fato o remetente, alteração do remetente do assunto em mensagens de conteúdo semelhante e enviadas ao mesmo destinatário com intervalos inferiores a dez dias. (BRAUM, 2003). O comportamento spammer só será configurado se o remetente cometer duas faltas das sete citadas acima. Juntamente com o Código de Ética Anti-spam foi criada uma lista de práticas não recomendáveis. A referida lista conterà os nomes daqueles que não seguirem o código, expondo ao público em geral quem apresentou uma conduta spammer, seja pessoa jurídica ou pessoa física. "Não se trata de uma lei, mas, sim, de uma tentativa de auto-regulamentação da atividade comercial feita por meio das transações eletrônicas [...]" (TEIXEIRA, p. 134, 2004).

O Código de Ética teve como seu principal objetivo diminuir o crescimento do spam, e não de extinguir os mesmos, focando nas empresas na busca de uma melhor interação eletrônica. Até porque o referido Código juntamente com a listagem das práticas é exclusivamente moral, ou seja, é evidente que quem pratica spamming não pode ser considerado uma pessoa (física ou jurídica) seguidora de uma perfeita moral, ética e de bons costumes.

Patrícia Peck colaciona que (apud BRAUM 2003, p. 1) "quem pratica spam abertamente, dificilmente seguirá o Código." Destarte, atenta-se a referir a pouca eficácia que o Código de Ética Anti-spam e a lista de práticas não recomendáveis possuem. Primeiro porque não tem qualquer obrigatoriedade em sua aplicação. Por segundo, deve-se ao fato de que o remetente do spam é dificilmente detectado, e conseqüentemente aquele que não for detectado não constará na lista de práticas não recomendáveis, dessa forma dificulta a punição do spammer. No Brasil também já foram criados inúmeros projetos de leis que tratam especificamente do combate do spam. Atualmente é o Projeto de Lei 2186 de 2003 que está sendo discutido, foi apresentado no dia 08 de outubro de 2003.

Também é de suma relevância mencionar alguns projetos de leis estaduais. Os Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro também apresentaram projetos, via Assembléia Legislativa, com objetivo idêntico, qual seja, o de proibir o comportamento spamming. O projeto de Lei número 574/2003 do Estado de São Paulo, de autoria de Enio Tatto do PT, foi elaborado com o intuito de impedir a prática spammer nos telefones celulares habilitados no Estado de São Paulo. O autor do projeto conceituou o spam no seu artigo primeiro, no parágrafo único. *In verbis*:



Artigo 1º - [...] Parágrafo Único: Considera-se *spam* o envio abusivo de mensagens de texto não solicitadas, enviadas para fins de divulgação comercial, religiosa ou política, sem que o receptor tenha autorizado expressa e previamente o envio de tais conteúdos para o número de seu telefone.

Nota-se, que foi estabelecido que as mensagens enviadas ao telefone celular, com intuito de divulgar algo devem ter anuência prévia do destinatário, sob pena de multa. Na justificativa do referido projeto de Lei (2003, p. 1), o deputado Enio Tatto foi claro e objetivo em suas colocações, mencionando que:

Recentemente, contudo, dada a inovação tecnológica pela qual vem passando os aparelhos de telefone celular, permitindo a recepção de mensagens escritas, pessoas físicas e jurídicas têm utilizado também os telefones celulares para divulgação de mensagens inconvenientes, como propagandas e “correntes”, sem que o usuário do telefone tenha disponibilizado seu número de telefone para tanto. Esta proposição vem no sentido de coibir a prática indiscriminada e invasiva do *spam*, antes que este se configure em um fenômeno tão amplo e incômodo para os usuários de telefones celulares como tem sido para os usuários da internet. Solicitamos, então, o apoio dos nobres pares para a aprovação da presente proposição.

Quanto ao projeto de Lei número 3.088/06, do Estado do Rio de Janeiro, de autoria de Altineu Cortes do PMDB, é cópia total e literal do projeto Lei número 574/2003 do Estado de São Paulo. Segundo consultas feitas nos sites da Assembleia Legislativa de ambos os Estados, acerca do andamento dos projetos, verificou-se que a lei do Estado de São Paulo encontra-se em distribuição a CTC - Comissão de Transportes e Comunicações, nos termos do artigo 31, parágrafo 8º, da Resolução 869/2011 e a CFOP - Comissão de Finanças, Orçamento e Planejamento, nos termos do artigo 31, parágrafo 2º, da Resolução 869/2011, ou seja, compete ao CTC e CFOP, se manifestarem acerca da legislação. Tal movimentação foi no dia 12/04/2011. E o projeto de lei do Estado do Rio de Janeiro, movimento datado do dia 08/03/2007, encontra-se em arquivamento final do legislativo.

Em uma maior análise acerca dos projetos de leis elaborados com intuito de vedar a prática spammer, não se pode olvidar de mencionar o Projeto de Lei número 281/2012 de atualização do Código de Defesa do Consumidor. Foram recebidas cerca de cento e seis emendas de Senadores pela Comissão temporária do Senado. A vedação da prática do envio de spam está entre as emendas do projeto. A emenda traz o acréscimo de alguns artigos, o que pondera sobre a prática spammer é o artigo 45-E.

Tal projeto foi criado com o intuito de aperfeiçoar a lei já existente e em vigor, e dispor especificamente sobre o comércio eletrônico. As alterações pretendidas trazem uma enormidade de direitos ao consumidor frente ao comércio eletrônico, uma vez que é de fundamental relevância levar-se em



consideração a era em que estamos vivendo, qual seja, a da tecnologia. Dessa forma, utilizar a rede mundial de computadores tornou-se um hábito de grande parte das pessoas, e isso faz com que o legislador tenha uma atenção especial voltada ao mundo digital.

## 5 POLÍTICAS ANTI-SPAM

A proteção do destinatário do spam é embaçada, mas nem por isso impossível. Dessa forma, questiona-se a possibilidade de uma solução realmente eficaz no Brasil. O professor Lawrence Lessig (apud CAPANEMA, 2009, p. 76) tem a resposta para o questionamento, qual seja “não há uma bala de prata”. Quer dizer, que a problemática do spam não se enfrenta com apenas uma medida, e sim necessário se faz criar uma política anti spam, considerando nesse ponto, a realidade econômica e sociocultural do país. Convém salientar, que aqui entende-se por política anti-spam uma série de medidas que tenha como intuito coibir a prática do spam. Para Teixeira (2004, p. 138) “a política anti-spam é uma coleção de diretrizes de combate ao spam, capazes de reduzir seu impacto no dia-a-dia do usuário [...]”.

A medida primordial é a criação de uma legislação específica e rígida anti-spam. Como já referido, há projetos de leis para combater o spam, mas importante esclarecer que o legislativo no Brasil, ao que concerne a lei sobre esse ponto específico não tem apresentado grandes avanços. Na verdade, não se sabe ao certo porque, mas pode-se referir o pouco conhecimento sobre a temática que abrange todo um estudo dos avanços tecnológicos. Quanto a criação de uma legislação estamos diante de um outro impasse, ou seja, por ser um assunto que trata especialmente de tecnologias, é evidente que a legislação em si estará diante da possibilidade de uma rápida desatualização, podendo conter no corpo da lei algo que não mais acontecerá ou estar diante de uma lacuna por não estar descrito na lei fato que venha ocorrer posteriormente. Nesse sentido Capanema (2009, p. 118) assevera:

É verdade que uma lei, por si só, não tem a capacidade de resolver questões e pacificar conflitos, por mais soberano que seja o poder que as institui. É preciso que a lei garanta a outros órgãos, especialmente ao poder judiciário, meios para a sua plena e precisa efetivação.

Para a elaboração de uma legislação deve-se inicialmente ter profundo conhecimento da matéria a ser objeto da mesma. Daí a importância de mais estudos e profissionais especializados na área. Outra medida é a atuação e intervenção do Ministério Público, por tratar-se de uma proteção coletiva, uma vez que o uso de computadores e telefones celulares tornou-se serviço de utilidade pública. Indispensável esclarecer que no ano de 2001, o Ministério Público do Paraná arquivou uma representação contra o envio de spam. Foram os advogados Amaro Moraes e Silva Neto e Omar Kaminski que representaram para que o Ministério Público apurasse as condutas de envio de mensagens



eletrônicas. Consoante o site consultor jurídico (2002, p. 1) o promotor entendeu que:

Por enquanto não está o direito preparado para resolver uma situação recentíssima consequente da evolução tecnológica, mesmo porque há questionar se a lei ou o direito que deva fazê-lo. [...] Portanto, pela só fenomenologia da remessa de spams, genericamente considerados, e por algumas, dentre milhares de detentores de endereços eletrônicos não se legitimaria o interesse social, ou público, a mover o Ministério Público na empreitada.

Inobstante ao supracitado, atente-se ao fato de que o Ministério Público não pode se esquivar de exercer seu papel no combate ao spam. Não deve levar apenas em consideração que ainda não é enquadrado como crime tal prática, uma vez que a conduta spammer vem lesionando os direitos sociais de toda coletividade. Desse modo, Capanema (2009, p. 82) entende:

A atividade do Ministério Público é fundamental, inclusive, quando a lesão é insignificante do ponto de vista individual, microscópico, mas gigantesca sob o aspecto coletivo, macroscópico. Seria o caso do usuário de um provedor que recebe apenas um spam de um determinado remetente, que enviou a mesma mensagem para 20.000 outros usuários do mesmo provedor. As lesões macroscópicas são mais fáceis de serem identificadas, pois seus efeitos à coletividade são mais visíveis. A atuação do Ministério Público teria seu maior fundamento nesse fato.

Uma terceira medida que faz parte da política anti-spam é uma atuação mais eficaz dos provedores, para que então possa angariar uma maior segurança aos seus usuários. Certamente que os provedores devem possuir certa responsabilidade quanto ao envio de mensagens spam por seus usuários, em outras palavras o provedor é o fornecedor, que deve ser responsabilizado no caso de má prestação dos serviços. Nesse sentido, os provedores devem possuir um sistema de filtragem de mensagens capaz de impedir o spam, ou ao menos aquele spam que ocasione ao destinatário um prejuízo maior. Outra medida eficaz também seria interferência do Poder Executivo no combate ao spam. A interferência deve objetivar a educação dos usuários, fornecedores e sociedade em geral, iniciando nas escolas, passando para as redes de comunicações, como na televisão, rádio e na própria rede de computadores, como por exemplo a criação de sites do governo que traga informações claras e precisas sobre o envio de mensagens não solicitadas. Pondera-se ainda a possibilidade de celebração de acordos e tratados internacionais acerca do tema, até porque vários países já legislam acerca do tema, ficando ainda mais fácil o acesso a um padrão de lei mais rígida e eficaz.

Constata-se, pelo todo aduzido, que a intenção de estruturar uma política no combate ao spam, não é criar um sistema autoritário, e sim fazer com que os Poderes Legislativo e Executivo intervenham de alguma forma, pois o spam está se tornando um problema cada vez maior, e o descaso frente



a isso traz enorme apreensão aos estudiosos, bem como aqueles que estão sendo cada vez mais prejudicados por essa praga digital.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O spam, comumente nominado de praga digital, obteve sua popularização com o advento da rede mundial de computadores. Notadamente evoluiu de maneira demasiada com a inserção de novas tecnologias, entre as quais podemos citar os telefones celulares. A aludida evolução deu-se em alcance global, acarretando alguns efeitos negativos no mundo eletrônico, especialmente aos usuários. Sabe-se que, tais efeitos não são apenas simples aborrecimentos ocasionados aos usuários, podendo acarretar consequências que podem até serem consideradas irreversíveis. Em decorrência disso, necessário buscar soluções junto ao Judiciário.

Pelo explanado, conclui-se que o Brasil enfrenta alguns problemas no que refere-se à luta contra o spam. O problema primordial é o vazio legislativo e a conseqüente falta de punição concernente à prática dos spammers.

Inobstante, far-se-á possível, enquanto uma lei anti-spam não floresce, incluir a prática de envio de spams de maneira analógica no Código de Defesa do Consumidor, bem como na Constituição Federal Brasileira. Convém salientar, que a analogia prospera, pois obviamente trata-se na maioria dos casos de violação ao direito do consumidor e principalmente violação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad. **Manuel de direito do consumidor**. Brasília: Escola Nacional de Defesa do consumidor, 2008.

BLUM, Lúcia Helena. **O spam à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi. Teresina: 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2314/o-spam-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor#ixzz2SG3EbFOJ>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor**.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 281/2012**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico. Disponível





em:<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112481&tp=1>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 2186/2003.** Dispõe sobre o envio de mensagem não solicitada por meio de redes de computadores destinadas ao uso do público.

Disponível em:<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7B4E2D2B6A107686463F1C6551CC0B70.node1?codteor=170056&filename=PL+2186/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7B4E2D2B6A107686463F1C6551CC0B70.node1?codteor=170056&filename=PL+2186/2003)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **STJ – Recurso Especial nº 844736 / DF 2006/0094695-7 Órgão Julgador Quarta Turma.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 27/10/2009. Publicação: DJe 02/09/2010.

BRAUM, Daniele. **Código de ética anti-spam mira pequenas empresas.** Arquivo do Clipping: 2003. Disponível em: <<http://www.nic.br/imprensa/arquivo/clipping/2003/midia15.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

CAPANEMA, Walter Aranha. **O spam e as pragas digitais:** uma visão jurídico-tecnológica. São Paulo: LTr, 2009.

COLLAVIZZA, Alberto Wagner; ENNES, Michel Igor de Almeida; MENEGAT, Fernando Lacerda. **Spam.** Rio de Janeiro: 2009. Disponível em: <[http://www.gta.ufrj.br/grad/09\\_1/versao-final/spam/index.html](http://www.gta.ufrj.br/grad/09_1/versao-final/spam/index.html)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

**Conheça o texto do Código de Ética Anti-spam.** Folha on line de São Paulo. São Paulo, 16, nov. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u14463.shtml>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

**Conheça os 10 princípios e direitos da internet.** FGV DIREITO RIO, 31 de março de 2013. Disponível em:<<http://diretorio.fgv.br/direitosdainternet>> Acesso em: 23 ago. 2016.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Projeto de Lei n. 574/2003.** Proíbe a prática de spam direcionada aos telefones celulares habilitados no estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=190933>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Projeto de Lei n. 3.088/2006.** Proíbe a prática de spam direcionada aos telefones celulares habilitados no estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro0307.nsf/e00a7c3c8652b69a83256cca00646>>



ee5/4ac4828a00679dc783257108004b21c3?OpenDocument&ExpandSection=-1>. Acesso em: 22 jul. 2016.

LUCCA, Newton de. O direito de arrependimento no âmbito do comércio eletrônico. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 2, n. 4, p. 11-40, dez. 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013.

**MP arquiva representação contra spams no Paraná**. Revista **Consultor Jurídico**, 27 de março de 2002. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2002-mar-27/promotor\\_arquiva\\_representacao\\_spams\\_pr](http://www.conjur.com.br/2002-mar-27/promotor_arquiva_representacao_spams_pr)>. Acesso em: 01 jul. 2016.

NUNES, Danton; TEIXEIRA, Renata Cicilini. **Antispam.br**. Disponível em: <<http://www.antispam.br/index.html>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

NUNES, Luis Antonio Rizatto. **Curso de direito do consumidor**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

**ONU declara acesso à internet como direito humano**. UOL, 8 de junho de 2011. Disponível em: <<http://aprendiz.uol.com.br/content/nefrojoswo.mmp>> Acesso em: 20 ago. 2016

SCHMITT, Cristiano Heineck; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Cadernos de direito do consumidor**: parte geral. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul, 2010.

Sua pesquisa.com. **História da internet**. Disponível em <<http://www.suapesquisa.com/internet/>>. Acesso em: 02 set. 2016.

TEIXEIRA, Renata Cicilini. **Combatendo o spam**: aprenda como evitar e bloquear e-mails não-solicitados. São Paulo: Novatec, 2004.



## **A MEDIAÇÃO ENQUANTO TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS: UMA FORMA DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA**

*Charlene Dewes Dornelles<sup>1</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Repensar as formas de se pensar o direito, ou as formas pelas quais o direito atua e interfere na sociedade e na vida das pessoas. Esta tem sido uma pauta recorrente na sociedade atual e, especialmente, no mundo jurídico. E porque é tão premente que se analise tal questão e, por consequência, tantas outras que estão no entorno desta pauta?

O judiciário há muito tem dado sinais de esgotamento. Isto está claramente refletido nas pilhas e pilhas de processos que aguardam por decisões judiciais, pela ineficácia do sistema que faz um processo tramitar por anos intermináveis, pelo esgotamento físico e psicológico dos profissionais que atuam no judiciário para fins de cumprimento de metas estabelecidas e, não raras vezes, pela ineficácia das decisões proferidas. Nada disso é novo. São problemas já antigos, pelo que muito já se debateu mas, na prática, pouco se fez.

Inobstante este esgotamento do sistema, que não mais dá conta da monopolização das contendas da sociedade, existe ainda uma ineficiência das decisões prolatadas frente às reais necessidades daqueles que estão envolvidos na contenda. Isto porque, o sistema judiciário burocrático e impessoalizador, que transforma sentimentos, anseios e desejos de pessoas em simples números de processos, simplesmente ignora justamente as pessoas que serão as destinatárias daquelas decisões; que por muitas vezes modificarão de forma muito contundente as suas vidas.

Poder-se-ia aqui abordar questões relacionadas às formas de interpretação das leis ou as próprias leis. No entanto, tal não é objetivo do presente artigo que busca, para além de apontar as ineficácias do sistema judiciário, indicar a mediação como um método complementar de resolução de conflitos como um viés pacificador, de efetivação da cidadania e adequado a auxiliar no tratamento dos complexos conflitos que hodiernamente a sociedade apresenta ao sistema judiciário.

Para tanto, em um primeiro momento faz-se uma análise histórica acerca da conformação do Estado Moderno e a transição à pós-modernidade, apontando-se, neste contexto, questões históricas que facilitam a compreensão desta importante reformulação do Estado como hoje conhecemos. Em um segundo momento, trata-se da questão relativa aos novos e complexos conflitos que advieram com a pós-modernidade, demonstrando também neste ponto, que o próprio indivíduo da pós-modernidade, por estar inserido em uma

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus de Santo Ângelo. Monitora do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da URI – campus de Santo Ângelo. Advogada. E-mail: chaydornelles@gmail.com



sociedade mais complexa, é também, ele próprio mais complexo em relação à sua individualidade e na forma como se relaciona em sociedade. Aponta-se, ademais, a crise atual vivenciada pelo poder judiciário e a necessária ressignificação de como se pensar o direito nesta sociedade complexa e multifacetada e, por fim, infere-se ser a mediação uma das formas possíveis de tratamento adequado dos conflitos, enquanto possibilitadora da cidadania e conformadora de uma cultura de pacificação social.

## 1 O ESTADO MODERNO E A PÓS-EXCLUSIVIDADE DO ESTADO

A modernidade, que possui como marco histórico a assinatura do Tratado de Paz de Vestfália em 1648, é preementemente caracterizada pela soberania estatal. O Estado como ente único e absoluto<sup>2</sup> da concentração e da centralização do poder. É com a assinatura do indicado Tratado que, pela primeira vez na história, duas “entidades políticas se reconhecem mutuamente como soberanas” (BEDIN, 2011, p. 24). Aqui, não apenas é estabelecido o Estado de Direito, mas Direito e Estado são analisados como sinônimos.

Mas além destas duas fortes e notáveis características do Estado Moderno, observa-se ainda outros aspectos que se pode inferir. O primeiro relacionado ao forte sentimento nacionalista, em que as pessoas assemelhavam-se por uma língua comum bem como por questões históricas e culturais que as ligavam e diferenciavam de outros povos.

Além disso, o processo de constituição do Estado Moderno é caracterizado pelo monopólio do uso da violência legítima, da distribuição da justiça, arrecadação de impostos, entre outros. E, ainda, destaca-se a territorialidade, ou seja, o Estado Moderno pressupõe um território delimitado, onde age e onde sua soberania está delimitada. (BEDIN, 2013, p. 84-88).

A transição do Estado Moderno à pós-modernidade, ou segundo Bedin, à pós-exclusividade do Estado, tem seu marco histórico em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. É que, somente a partir deste momento se pode falar em uma supressão/diminuição da soberania estatal absoluta, pois pela primeira vez “um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra” (BOBBIO, p. 18). Para Bobbio, é com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que

(...) um sistema de valores é — pela primeira vez na história — universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo a mais universal das religiões, a cristã,

<sup>2</sup> Entende-se aqui importante notar que esta configuração da soberania única e absoluta do Estado somente vai se modificando a partir da Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789) e as constituições que sucederam, sendo que o esvaziamento da soberania interna modifica “a relação entre Estado e cidadãos já não é uma relação entre soberano e súditos, mas sim entre dois sujeitos, ambos de soberania limitada” (FERRAJOLI, 2002, p.27).



envolveram de fato, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade.) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade — toda a humanidade — partilha alguns valores comuns; (...) (BOBBIO, p. 18).

No pós-guerra, segundo Piovesan, é que se projeta um esforço, em âmbito internacional, pela retomada dos direitos humanos. Nessa perspectiva, portanto, tendo em vista que nazismo e fascismo foram construídos dentro de uma legalidade institucionalizada, há, no pós-guerra, uma aversão àqueles ordenamentos jurídicos desprovidos de valores éticos, ou que fossem apenas formalmente consubstanciados dentro destes princípios. (2006, p. 17). Assim,

(...) no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.

Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana. (PIOVESAN, 2006, p. 17).

A formação deste universalismo, no entanto, para Bobbio, se deu de forma lenta e gradual. Aponta, para tanto, três distintas fases. A primeira, com bases filosóficas dadas pelo jusnaturalismo, exprime a ideia de que o homem tem direitos por natureza, sendo cidadão do mundo, ou seja, de que o verdadeiro estado do homem é o natural – no qual os homens são livres e iguais - e não o civil, sendo este uma criação que objetiva justamente permitir a liberdade e a igualdade já naturais do homem. (BOBBIO, 2004, p. 18). Nesta primeira fase, entretanto, carecem de eficácia, pois

Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador. (BOBBIO, 2004, p. 19).

E quando tais teorias filosóficas são, de fato, abrigadas por um legislador (Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e Revolução Francesa), é que surge então uma nova conformação do Estado. Possui agora limitações e conforma-se como um meio para alcançar determinados fins.

Esta segunda fase, consiste de uma transformação da teoria à prática, pois deixa de ser apenas um objetivo e passa a ser positivado. Do pensamento à concretização. No entanto, apesar de ganhar em concretização, os direitos do homem, aqui, perdem em universalidade, pois restringem-se tão-somente



ao âmbito nacional. Transformam-se e direitos do cidadão enquanto pertencentes àquele ou a este Estado Nacional. (BOBBIO, 2004, p. 19).

Em 1948, portanto, é que se configura a última fase, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fase na qual os direitos são ao mesmo tempo universais e positivos,

(...) universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. (BOBBIO, 2004, p. 19)

Ocorre, portanto, nesta pós-exclusividade do Estado, como antes inferido, uma notável supressão/diminuição da soberania Estatal. O Estado que, na modernidade, detinha a centralização e a concentração do poder, já não é mais o último ente – submete-se, pois, a universais. A territorialidade que determinava a extensão da soberania estatal, agora é desafiada por princípios que transpassam suas fronteiras e interferem diretamente inclusive no ordenamento jurídico dos Estados.

Essa nova conformação do Estado também faz surgir uma nova conformação da própria sociedade e, por conseguinte, dos próprios indivíduos que constituem a sociedade (não em um raciocínio de que tenha a sociedade modificado os indivíduos, já que são os indivíduos que constroem suas sociedades – muito mais relacionada então a modificações lentas nestes indivíduos o que, então, por conseguinte, modificou [modifica] a sociedade em que vivem).

O homem da modernidade, adaptado a lógicas binárias e projetado desde a infância em um contexto de vida social onde a maior parte das coisas já estava pré-determinada ou, ainda em um mundo onde era muito mais simples de se prever o resultado das suas ações, de seus atos, e até de seu próprio destino, na pós-modernidade sucumbe.

Suas lógicas já não mais se adaptam, já não mais se encaixam nos novos contornos inflexionados pela complexa sociedade pós-moderna. Que é, ao mesmo tempo, global e local, considerando, por exemplo, a facilidade e a rapidez para deslocamento entre quaisquer países do mundo – fato este possibilitado pelo rápido e gigantesco avanço tecnológico; a globalização, que não raras vezes fragmenta pelos continentes a fabricação de produtos postos no mercado e, ainda, a questão multicultural hodiernamente observada que, ao mesmo tempo em que busca manter as culturas dos povos, também pensa no necessário diálogo e troca de conhecimentos entre os povos, sem o objetivo de



dominação ou colonização, mas sim de simbiose entre as mais diversas culturas.

## 2 NOVAS IDENTIDADES, NOVOS CONFLITOS E A NECESSIDADE DE REPENSAR O DIREITO

Essa transterritorialidade experimentada pela pós-modernidade, que une o local e o global, fazendo, ainda que simbolicamente, efêmeras as fronteiras, “prescreve a igualdade de todos perante a lei e que institui um Estado legitimado pela convenção entre iguais, cria as condições para o florescimento de um *ethos* individual centrado na liberdade e na autonomia do sujeito (...)” (LUCAS, 2012, p. 370).

Iguais perante a lei, diferentes como sujeitos históricos, diferenças que se aguçaram, no campo econômico, com o desenvolvimento da matriz produtiva capitalista e que com o avanço substancial das democracias constitucionais deram visibilidade a uma nova agenda de demandas coletivas de cunho identitário, centradas, contudo, numa espécie de enraizamento do coletivo no individual. (LUCAS, 2012, p. 370).

Para Touraine, pode-se falar neste viés, a partir de uma perspectiva sociológica, que o sujeito da pós-modernidade exprime a ideia de superação do ator social da modernidade. Este sujeito, deve ser refletido a partir de um novo sentido de conflito (engendrado em novos movimentos sociais culturais), com um novo papel dentro do espaço público, voltado a si, numa perspectiva privada, articulado, todavia, com o público. (2004, p. 7-23).

Sobre as identidades na pós-modernidade, Bauman assevera que, diferente da modernidade, onde os projetos de vida podiam ser alicerçados sobre terrenos estáveis e previsíveis, o que, por sua vez, conformava a identidade dos indivíduos com base em certezas e expectativas concretas do futuro, agora

A imagem do mundo diariamente gerada pelas preocupações da vida atual é destituída da genuína ou suposta solidez e continuidade que costumavam ser a marca registrada das “estruturas” modernas. O sentimento dominante, agora, é a sensação de um novo tipo de incerteza, não limitada à própria sorte e aos dons de uma pessoa, mas igualmente a respeito da futura configuração do mundo, a maneira correta de viver nele e os critérios pelos quais julgar os acertos e erros da maneira de viver. (1998, p. 32).

E nesse cenário, de novas e diversas identidades, é que surgem os conflitos atuais que, por sua vez, refletirão estas identidades sociais diversas e complexas, também gerando conflitos complexos e multifacetados. Ocorre que, nem sempre o *refletir o direito* de forma tradicional, consegue, de forma eficaz, alcançar estes conflitos ou, até, por muitas vezes sequer compreende os conflitos que recorrem ao judiciário.



Complexidade, diversidade e pluralidade. São estas algumas marcas do sujeito pós-moderno. Dos conflitos que surgem destes sujeitos pós-modernos. A epistemologia jurídica tradicional - com seu instrumental metodológico, seu exacerbado processualismo burocrático e distanciado do sujeito, já que transfigura sujeitos em números, estatísticas, renegando a sua própria fonte, a vida, ou para Touraine, o espaço público - rechaça, nega, não abarca; se incrusta no já determinado e institucionalizado e fecha as portas ao novo e às situações não padronizadas.

É nessa perspectiva, que não de hoje, se tem proposto uma reinvenção da ordem jurídica, um repensar o direito que se adeque à esta sociedade dinâmica, multifacetária e plural. Para Wolkmer, tratando acerca de legitimidade dos novos direitos, é imprescindível uma reinvenção da ordem jurídica tradicional

Neste contexto da mundialidade, constituída por novos conflitos, por processos complexos e por espaços fragmentados, torna-se imperioso deslocar a tradição jurídica individual e patrimonialista por uma direção normativa de tipo transindividual democrática e interdisciplinar. É a reinvenção encaminhada para o espaço da lógica horizontal, participativa e solidária, incidindo na produção instituinte de uma epistemologia da alteridade. Reordenar experiências e identidades interagidas que afirmam ações humanizadas, centradas na dinâmica da participação, autonomia e transformação. (WOLKMER, 2017, p. 103/4).

Warat propõe neste sentido, uma reinvenção do pensar o direito fora de sua suposta cientificidade almejada (e pode-se dizer superficialmente alcançada) pelos juristas da modernidade. Ressalta que o

(...) pensamento crítico pode apresentar-se como uma tentativa epistemológica diferente. Nessa perspectiva, o saber crítico tenta estabelecer uma nova formulação epistemológica sobre o saber jurídico institucionalmente sacralizado. (2004).

E para Hommerding e Motta, é neste saber jurídico institucionalizado que o direito acaba “desconhecendo o ‘real’ conflito que existe por detrás das disputas entre desiguais”. (2009, p. 19).

A forma como a modernidade pensou (pensa) o direito, invariavelmente, transforma sentimentos e acontecimentos relevantes da vida apenas em papel (ou processos eletrônicos). Impede que se revele a real intenção dos conflitantes, seus reais interesses. Impede, ademais, em razão de uma análise dos fatos supostamente “legal”, pois de acordo com o ordenamento jurídico positivado, uma análise diacrônica dos conflitos sociais, seus panos de fundo, seus momentos históricos de transformação, os reais motivos de tais transformações sociais. Assim, a “dogmática jurídica tradicional castra os sentidos, reduz acessos e diminui a possibilidade de se compreender a complexidade residente nos litígios” (LUCAS, 2012, p. 380).





Apropriado exemplo prático da indicada situação é trazida por Lucas, quando discorre acerca da reformulação do conceito de família na sociedade atual. Infere, nesse sentido que

Assim, por exemplo, para a dogmática do direito de família, o conflito familiar é apenas uma disputa baseada em direitos objetivos e subjetivos que pode ser facilmente resolvido pela sua intervenção. Esquece-se, entretanto, que o próprio conceito de família ganhou novos contornos, nova textura de poder e de autoridade. Grande parte desse novo debate remete às conquistas da mulher como novo ator social, lutando por novos direitos, afirmando sua sexualidade, impondo sua condição de independência e defendendo em voz alta a autonomia de seu corpo e do “eu” que a constitui como sujeito livre e igual. A mulher, durante séculos, foi sufocada em sua forma de ser mulher, sofrendo calada a violência e a submissão de todo tipo. O vir à fala da mulher representa a afirmação de sua identidade perante o sexo oposto, seja como igual ou diferente; significa dar voz e visibilidade às suas particularidades, dar vida a novas formas de ser mulher enquanto tal. Isso tudo mudou radicalmente a composição das relações familiares. (2012, p. 380).

Além destes “esquecimentos” denunciados pelo autor, que não ocorrem apenas na área do direito de família, mas arrisca-se dizer, em todas as áreas em que intervém o sistema jurídico, a situação é agravada, ademais, pela morosidade excessiva do poder judiciário.

Sales e Andrade indicam, como algumas das razões para o citado cenário a “demora na seara recursal, ao reduzido número de serventuários comparativamente ao enorme contingente de demandas propostas, além das muitas vezes inadequadas condições de trabalho” (2011, p. 44).

E, o efeito da soma de tais deficiências, acaba por desaguar na própria sociedade, com decisões judiciais aquém da realidade dos conflitantes e que, por muitas vezes, ao invés da suposta resolução dos conflitos tende a acirrar muito mais as contendas, o que ainda é agravado por decisões judiciais ineficazes e com processos que se alongam no tempo.

Nesse sentido, inferem Sales e Andrade que o descrédito no poder judiciário é potencializado

(...) quando da ineficiência dos mecanismos tradicionais de defesa de direitos e nas deficiências estruturais na sustentação de meios capazes de desenvolver a cidadania: a Justiça se torna demasiadamente tardia para que sobre ela ainda paire a efetividade da prestação jurisdicional. Colaboram para a morosidade e para uma prestação jurisdicional distante da realidade social a litigiosidade e pouca percepção sobre a complexidade dos conflitos. (2011, p.45)

Uma transformação, portanto, no atual cenário do sistema judiciário que, visivelmente está esgotado para atender estas novas contendas, pois, àquelas para as quais foi idealizado não mais condizem com as que atualmente se depara.



Não se diz aqui de um total esgotamento, de uma completa ineficiência. Por óbvio que em diversas situações o papel do judiciário é imprescindível. Se atenta, todavia, para o que esta sociedade em transformação propõe e traz ao poder judiciário. Não é mais possível que se feche os olhos para tal situação. Não é mais possível que se resolvam novas e complexas contendas com instrumentos velhos e já ultrapassados para diversas situações.

O judiciário, nesta necessidade de afirmação enquanto ciência na fase moderna, burocratizou e impessoalizou a solução dos litígios. Ocorre que, a ressignificação deste pensamento incrustado na burocracia, na impessoalização e no sistema ganhador x perdedor, pressupõe também a existência de uma participação efetiva dos próprios sujeitos envolvidos nas demandas.

Isto porque tal participação, além de conferir dignidade e liberdade a estes sujeitos, também o emancipa enquanto indivíduo e proporciona as condições mínimas para o exercício de sua cidadania. Nesse sentido, Sales e Andrade inferem que é necessário

Um padrão mínimo de participação na esfera social implica a presença de reconhecimento social e de precondições de participação social com dignidade, refletindo e demonstrando um acervo de disposições que devem ser adaptadas ao contexto de participação social na esfera pública, como cidadão atuante na persecução de direitos e, principalmente, emancipado como indivíduo, em termos práticos de participação política, que sugere determinante condição para a possibilidade de efetivo compartilhamento da ideia de igualdade. Essa igualdade, em que pese, sob o enfoque substancial, deve se constituir em elemento básico para a convivência social, com correspondente reconhecimento dos indivíduos por seus pares. Se a igualdade se evidencia como mero elemento de um discurso retórico, afasta-se o cidadão de sua própria condição, deixando, assim, de usufruir de conquistas, estas, materializadas em instrumentos constitucionais, aos quais deveria ter livre acesso. (2011, p. 45)

Nesse viés de necessária ressignificação, de transformação e mudança das tradicionais formas de se pensar o direito é que a mediação, enquanto método complementar de tratamento de conflitos surge.

Note-se que a perspectiva trabalhada é a mediação enquanto forma complementar de tratamento de conflitos, não substitutiva e nem alternativa. A mediação, desta forma, mostra-se como uma

(...) prática capaz de fornecer ao cidadão a possibilidade de, por si, a partir do diálogo pacífico, encontrar respostas às demandas por ele levantadas, construindo, assim, a cultura da pacificação social e da busca por direitos de maneira independente do Poder Judiciário. (SALES; ANDRADE, 2011, p. 48).

Pode a mediação, portanto



(...) contribuir para a diminuição das distâncias que separam a retórica democrática da realidade efetiva das coisas, o que constitui mais um importante passo para a batalha pelo reconhecimento de direitos e deveres dos cidadãos e pelo enfrentamento ao histórico problema da negação da cidadania (2011, p. 48).

Nas práticas mediativas, que podem ocorrer de forma judicial (como preconizado no Novo Código de Processo Civil e na Lei 13.140/2015) ou extrajudicial, o que também está preceituado na Lei 13.140/2015, existe a possibilidade de o indivíduo que está em contenda expresse suas próprias vontades, através da sua fala; portanto, expressa a sua visão daquele conflito no qual está inserido.

Assim, na mediação, preconiza-se, preponderantemente o (re) estabelecimento do diálogo. Possibilita-se aos envolvidos, portanto, que eles próprios transformem a contenda na qual estão inseridos por intermédio da construção do diálogo, de forma voluntária. Assim, pode-se inferir que na mediação, “a vontade do indivíduo é considerada como elemento preponderante para o estabelecimento do diálogo, partindo dele a predisposição para a resolução da controvérsia”. (SALES; ANDRADE, 2011, p. 46).

É nesse viés que se ressalta o objetivo pacificador, emancipador e de efetivação da cidadania que detém a prática da mediação, pois

O fato de conceder aos envolvidos a possibilidade de manifestar seus interesses e conversar sobre o problema já denota avanço para o litígio em si, que se abre à presença não mais de contentores, mas de pessoas que, mesmo em situação de divergência, racionalizam seus interesses e se dispõem a dialogar sobre o tema. (SALES; ANDRADE, 2011, p. 46).

Esses complexos, multifacetados e plurais conflitos que chegam ao judiciário, pelos mais diversos motivos, necessitam, entende-se, do estabelecimento do diálogo. O julgador, enquanto terceiro imparcial que resolve o litígio, não consegue alcançar o real interesse por detrás das contendas apresentadas.

Observa-se, ademais, uma forte ingerência estatal na seara privada - nascida de uma incapacidade histórico-cultural dos indivíduos de resolverem seus próprios conflitos com base no diálogo - que, por sua vez, levou à instalação massificada de uma cultura da judicialização, da polarização, onde todo e qualquer conflito só pode ter um desfecho justo se imposto por um terceiro (o juiz). Essa cultura da judicialização, também resultado de uma ritualização procedimental distanciadora (da própria justiça, e/ou de sua *figura*), resultou em milhares de pilhas de processos (indivíduos) que aguardam decisões, despachos, sentenças, ou algo que satisfaça, supostamente, seus desejos.

Como bem assevera Lucas,



Mediar, nesse caso, é mais uma necessidade do que uma escolha; é condição de possibilidade para a convivência democrática das diferenças. A mediação permite reconhecer a historicidade que caracteriza o fenômeno “identidade”, o que é fundamental, mas também impedir a absolutização ou a predominância de uma única vertente identitária como dominante, mormente pela forma como responsabiliza os atores a olharem para o outro diferente sem hierarquias. (2012, p. 380).

Além do reestabelecimento do diálogo entre os envolvidos, é necessário, para que a mediação possa, com eficácia, ser utilizada, compreender que o conflito é inerente ao ser humano. Se faz necessária tal compreensão para que seja possível mediar.

O ser humano, impulsionado por desejos, nas mais diversas searas, depara-se cotidianamente com conflitos, internos ou externos; o conflito é, pois, parte da intersubjetividade do indivíduo e das relações que constrói ao longo de sua vida. Spengler e Moraes inferem que o “conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução” (2007, p. 304). Nessa perspectiva, compreender

(...) a natureza dos conflitos nos diferentes lugares e nas diferentes épocas é reconhecer a historicidade que está presente no conflito como afirmação de uma posição de mundo que se constitui e que se apresenta como resultado de um modo de ser. Somente quem compreende o conflito, como ele se constitui, suas causas, seus objetivos, seus limites e sua natureza, poderá transitar com mais facilidade nesse terreno de expectativas frustradas e em disputa. Afinal, não se é possível mediar, dialogar, “tratar”, sem a clareza dos contornos históricos que constituem determinado evento litigioso. (LUCAS, 2012, p. 381)

Por meio da prática da mediação, portanto, se possibilita aos envolvidos uma efetiva participação na solução do litígio. Os atores principais são exatamente as pessoas envolvidas, a quem é conferida a possibilidade de dialogar, ser ouvido, ouvir o outro, ser compreendido e compreender e, a partir das próprias percepções da contenda, auxiliados pelo terceiro facilitador, é que os interessados constroem, de forma conjunta, a solução que, a seu ver, melhor se adequa para tratar o litígio existente.

Assim,

A mediação apresenta-se com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. (SALES; RABELO, 2009, p. 82).

É nesse sentido que reside, entende-se, um dos pontos mais positivos da mediação. A democratização no tratamento do conflito. Isto porque, no



momento em que se possibilita ao cidadão de forma efetiva a participação ativa no tratamento de seus próprios conflitos, devolvendo a este sujeito as decisões de sua própria vida, está também se possibilitando o efetivo exercício da cidadania, a qual pressupõe justamente que os cidadãos, de forma ativa, participem da vida pública.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encontramo-nos em um momento de transição. Não foram abandonadas por completo as grandes narrativas da modernidade. E quem sabe nunca sejam, e quem sabe isto nem seja necessário. Não é possível, por ora que saibamos. O que se sabe é isto, que o mundo está em transição, do “bi” para o “multi”, de uma aceitação tão-somente da *episteme* para uma simbiose desta com a *doxa*, do é isto ou aquilo para o pode ser isto mas também pode ser, ao mesmo tempo, aquele outro. É um processo em si lento, mas necessário. Pois, somente com as transições é que as necessárias e verdadeiras modificações acontecem.

Os homens, aterrorizados pelas atrocidades e desumanidades impensáveis da Segunda Guerra Mundial, sentiram a premente necessidade de se legalizar a humanidade nas relações entre si e, a partir deste momento somente é que se começou a pensar com um viés mais humanitário e de integração, e não apenas segregacionista e de exclusão.

Esse repensar das relações acabou por refletir em todas as áreas da vida pública, incluindo o direito. É nesta perspectiva que com o presente estudo, compreendendo-se a complexidade dos conflitos que advém da sociedade, bem como uma atual impossibilidade de o judiciário, da forma como tem atuado e da forma como foi pensado, abarcar de forma eficaz estas contendas.

Não é mais possível que se “resolvam” litígios desconsiderando o contexto social dos envolvidos, desconsiderando a própria vida dos envolvidos. Muitas são as questões que estão no entorno de um conflito (e as mais diversas). Simplesmente renegar tais questões, por uma burocratização excessiva e, por muitas vezes, com o único objetivo de se alcançarem metas estabelecidas é retirar a possibilidade dos envolvidos de solucionarem e tratarem de suas próprias vidas.

Se recorrem pelos mais pequenos motivos ao judiciário, é justamente porque não lhes foi dada a oportunidade de aprenderem a tratar seus próprios conflitos. Muito disso, no Brasil, em razão da necessária democratização do país, que nos deixou de herança uma Constituição que, não sem motivos, precisava, naquele momento histórico, garantir segurança, a mais alta e confiável segurança em todos os aspectos à população, inclusive no âmbito jurídico.

Todavia, nem sempre foi assim. O homem, desde muito antes de sequer imaginar que conformaria leis escritas já se utilizava da mediação para tratar seus conflitos. E é também com base nisto que se entende que a mediação, por ser um método que se dispõe ao reestabelecimento do diálogo,



possibilitando ao envolvidos que a partir de suas próprias percepções do conflito em que estão inseridos possam, por si próprios tratar suas contendas, convergindo assim em uma cultura de pacificação social, é uma forma eficaz também de efetivação da cidadania, na medida em devolve aos envolvidos a possibilidade de decidirem, por meio de um terceiro facilitador, as decisões de suas próprias vidas.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. (trad.) Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BEDIN, Gilmar Antônio. **A Idade Média e o nascimento do Estado moderno: aspectos históricos e teóricos**. Ijuí: Unijuí, 2013.

BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos**. Ijuí: Unijuí, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. (trad) Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/10227/14586286/a\\_era\\_dos\\_direitos.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/10227/14586286/a_era_dos_direitos.pdf). Acesso em: 3 set. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Aproximações hermenêuticas sobre a verdade no processo civil coletivo. In: HAHN, Noli Bernardo; GROFF, Paulo Vargas (Orgs.). **Direito, Multiculturalismo e Cidadania**. Santo Ângelo: FURI, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. Conflitos identitários e mediação: o vir à fala das diferenças. In: **Novos Estudos Jurídicos NEJ**, v. 17, n. 3, p. 368-383, set.-dez. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4206/2417>>. Acesso em: 5 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. In: **Direitos Humanos**. Coord. Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes; ANDRADE, Mariana Dionísio de. A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro. In: **Revista de informação legislativa**. v. 48, n. 192, p. 43-54, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242928>>. Acesso em: 3 set. 2016.



SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. In: **Revista de informação legislativa**. v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194916>>. Acesso em: 3 set. 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; MORAIS, José Luis Bolzan de. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: “a jurisconstrução”. In: **Revista Sequência**. n. 55. p. 303-326. Dez. 2007.

TOURAINÉ, Alain; RHOSRKHASAR, Farhad. **A busca de si**: diálogo sobre o sujeito. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. In: **Sequência**: estudos jurídicos e políticos. n. 54. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.



## A TRANSIÇÃO DA TECNOLOGIA DA DISCIPLINA À SOCIEDADE DO CONTROLE PÓS-FORDISTA

*Cristiane de Lima Geist<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar alguns dos acontecimentos que fazem parte da evolução do controle social. Busca assim tratar sobre a tecnologia da disciplina e da sociedade do controle pós-fordista, destacando a passagem de uma sociedade a outra, mediante alguns autores que relatam esta fase. Ainda, traz sucintamente a questão dos momentos históricos e a possibilidade da criação do novo. Ao término discorre as consequências geradas para a sociedade e alguns questionamentos suscitados.

**Palavras-chave:** Tecnologia e sociedade da disciplina. Sociedade do controle.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade em que vivemos foi moldada por vários acontecimentos históricos. Nosso comportamento atual é justificado por inúmeros fatores. De uma forma geral podemos dizer que durante os séculos XIX e XX, o capitalismo priorizou uma sociedade disciplinar, a qual era centrada na casa, na escola, na igreja, na fábrica, na prisão. Esse tipo de sociedade era chamado por Michel Foucault, de sociedade disciplinar hierarquizada, pois era conduzida pela vigilância, pelo controle do tempo e do comportamento pelo pai, pelo professor ou pelo patrão, ou seja, por um "superior". Desse tipo de sociedade houve a transição para outro tipo de sociedade, chamada por Gilles Deleuze, de sociedade do controle.

A sociedade disciplinar se constitui de poderes que emergem das instituições modernas e das estratégias de disciplina e confinamento, já a sociedade do controle ela é caracterizada pela invisibilidade, ou seja, os indivíduos encontram-se controlados sem a presença de algum tipo de autoridade.

Percebe-se que nas sociedades disciplinares que a questão arquitetônica é essencial, o prédio da escola, a casa da família, o edifício da fábrica, o que difere da sociedade de controle, a ausência da casa, do prédio e do edifício é fruto de um processo histórico e cultural. Houve então uma abolição do confinamento enquanto principal técnica anteriormente adotada.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus de Santo Ângelo (RS). Especialista em Docência na Educação Profissional Técnica e Tecnológica pelo Instituto Federal Farroupilha - *Campus Alegrete* (RS). Auditora do Instituto Federal Farroupilha, e-mail: cristiane.geist@iffarroupilha.edu.br





É nesse caminho que o presente artigo objetiva percorrer, analisando a transição da sociedade da disciplina para a sociedade do controle, de forma a verificar as características de cada momento histórico.

## 1 TECNOLOGIA DA DISCIPLINA

A sociedade anterior ao século XVIII passou por um período entendido como economia do castigo. É época em que houve inúmeros projetos de reforma, novas teorias da lei e do crime. Essa época é relatada por Michel Foucault. O autor descreve a questão do suplício, do castigo sobre os corpos, e a conseqüente evolução:

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? A resposta dos teóricos — daqueles que abriram, por volta de 1780, o período que ainda não se encerrou — é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. (FOUCAULT, 1998, p. 18)

Ocorre assim uma evolução conforme o entendimento sobre o que estava ocorrendo. Essa transformação é relatada por Deleuze:

O direito penal passa por uma evolução que lhe faz enunciar os crimes e os castigos em função de uma defesa da sociedade (já não de uma vingança ou de uma reparação do soberano): signos que são endereçados à alma ou ao espírito e que estabelecem associações de ideias entre a infração e a punição (código). (DELEUZE, 2005, p. 49 e 50)

Dessa forma, percebe-se que o crime, ou a prática penal foi sendo modificada, tanto pela natureza quanto pela substância do elemento punível. O julgamento passou a incidir sobre as emoções, desejos, impulsos e sentimentos, ou seja, o que levou determinada pessoa a cometer determinado ato.

No entanto, com a constituição do Estado, as penas cruéis se revelaram antieconômicas, e então a sociedade da soberania passa para outra fase, a sociedade disciplinar. Houve a necessidade de disciplina, pois a mão-de-obra se revelava escassa. Assim, a disciplina servia a uma lei econômica.

As tecnologias da disciplina são bem ilustradas por Michel Foucault. Ele retrata o sistema de fábricas e a conseqüente evolução. Com a Revolução Francesa e com a disciplina teve início um maior controle dos corpos. Estabelece-se assim todo um sistema de disciplinamento, pois se entendia que os corpos eram indisciplinados.

O corpo humano entre numa maquinaria de poder que o esquadriinha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define



como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência) (FOUCAULT, 1998, p. 119)

O sistema de fábrica estabeleceu várias formas de tecnologias de disciplina, como, por exemplo, a vigilância de horário. A partir de então o homem entra nos aparatos do saber e poder. Com a concepção da disciplina em relação ao corpo, afirma:

Mas podemos sem dúvida ressaltar esse tema geral de que, em nossa sociedade, os sistemas punitivos devem ser recolocados em uma certa “economia política” do corpo: ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizem métodos “suaves” de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão. (FOUCAULT, 1998, p. 25)

Assim, independentemente da forma utilizada para punição, agressivas ou mais amenas, sempre é sobre o corpo dos indivíduos.

### 1.1 Prisão – tecnologia política do corpo para Foucault

O que era controlado pela Igreja mediante concepções supostamente emanadas de um poder supremo, passa aos comandos do Estado. Com o tempo direito e religião tomam caminhos diferentes.

Com o evoluir da civilização, novos conceitos de valores foram surgindo, ensejando a delimitação definitiva dos campos do Direito e da Religião. As leis já não podiam ser aceitas como simples costumes sagrados, reveladas e sancionadas pelos deuses, misturadas com os regulamentos litúrgicos, nos antigos códigos dos templos. Fortalecida a autoridade pública, tonou-se forte o Estado, com competência para sobrepor-se, chamando para si o exercício da pena, tirando da mão do ofendido e da vítima, ou de sua família, tal titularidade. (OLIVEIRA, 1996, p. 33)

Assim, o sistema de prisão está relacionado com o sistema feudal, fabril. Tinha a função de evitar vadiagem e forjar uma mão-de-obra adaptável ao sistema, por isso quando se fala em pena como ressocialização ela corresponde a este sistema. Nesse sentido a prisão passa por uma evolução.

À medida porém, que a sociedade vai se desenvolvendo, cresce a vida coletiva e se intensifica a responsabilidade que se torna individual. Para evitar a fuga, a prisão aparece localizada nos palácios dos reis, nas dependências dos templos, nas muralhas que cercavam as cidades. (OLIVEIRA, 1996, p. 43)



Com o passar dos anos e como substituição a pena de morte a prisão passa a se tornar uma sanção autônoma.

Foucault faz referência a um modelo de prisão, a qual é definido por Panoptismo, ou seja, formato de uma construção onde há uma torre central e celas periféricas, o que permite a visualização dos detidos a todo o momento pelo vigilante.

Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder que eles mesmos são os portadores. (FOUCAULT, 1998, p. 166)

Em análise ao entendimento de Foucault, Deleuze, descreve:

Não é exagerado dizer que qualquer dispositivo é uma amálgama de visível e enunciável: O sistema prisional junta, numa mesma figura, discursos e arquiteturas, programas e mecanismos. *Vigiar e Punir* é o livro em que Foucault supera expressamente o dualismo aparente dos livros anteriores (este dualismo tendia já a ser substituído por uma teoria das multiplicidades). Se saber consiste em entrelaçar o visível e o enunciável, o poder é a sua causa pressuposta; mas, inversamente, o poder implica o saber enquanto bifurcação, diferenciação sem a qual não passaria ao acto. (DELEUZE, 2005, p. 58 e 59)

Assim, a prisão reuniria o visível e o enunciável, ou seja, o que se pode ver, a prisão e os detidos, e o direito penal, os regulamentos, as disposições, sendo que todo saber se constitui de um visível e um enunciável. Para haver relações de poder é preciso do saber, e todo o saber constitui uma relação de poder.

O corpo está relacionado dessa forma a um campo político, nas relações de poder. Assim, é o entendimento de Foucault (1998, p. 27): “Resumindo, não é a atividade de conhecimento que produziria um saber, útil ou arredo ao poder, mas o poder-saber, os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento.”. Diante desse entendimento, a forma de verdade ou a verdade se constitui nas relações de poder. A economia constitui saber e conseqüentemente ato de poder. Nesse sentido pode-se dizer que o direito é uma forma de saber e conseqüentemente uma forma de poder, forma de domínio.

Com a evolução do direito é que a prisão se torna um tipo de sanção, e esta tem estrita relação com o fundamento utilizado para aplicar uma determinada penalidade. Pode-se dizer que a punição como um direito é



consequência da evolução em que ocorreu a concepção da pena, a qual é analisada por Oliveira, citando José M. Rico, em que descreve:

Ao período primitivo da vingança privada, embasado na repressão e na composição, sucedem os períodos teológicos e políticos, inspirados na expiação e na intimidação; o período humanitário, por sua vez, sucede àqueles cujas bases são a expiação, a emenda ou a correção do culpado e, finalmente, o período contemporâneo ou científico, que segue insistindo no poder intimidante da pena, levando, porém, cada vez mais em consideração a ressocialização do delinquente. (OLIVEIRA, 1996, p. 65)

Conforme Deleuze analisa as obras de Foucault, ele adverte que há três estádios da prisão. Nas sociedades soberanas: só existe à parte de outras disposições de punição – diagrama da soberania. A prisão começa a difundir-se em todas as direções, carrega objetivos do direito penal e impregna outras disposições, - diagrama da disciplina. Por último, as sociedades podem evoluir e encontrar outros meios de realizar seus objetivos penais, e efetuar o diagrama de forma total. (DELEUZE, 2005, p. 62)

Em relação ao diagrama pode-se dizer que são as relações sociais, as quais geram as relações de força. Deleuze diz que Foucault não olhou para o Estado, mas apenas nas relações da sociedade.

A história das formas, arquivo, é duplicada por um devir das forças, diagrama. É que as forças aparecem em qualquer relação entre um ponto e outro: um diagrama é um mapa, ou melhor, uma sobreposição de mapas. E, de um diagrama a outro, extraem-se novos mapas. Também não há diagrama que não comporte, além dos pontos que conecta, pontos relativamente livres ou soltos, pontos de criatividade, de mutação, de resistência; e talvez seja deles que se deve partir para compreender o todo. (DELEUZE, 2005, p. 65)

É a partir das lutas de cada época, das resistências de cada momento histórico, que é possível compreender a sucessão dos diagramas, ou seja, a constituição das relações.

## 1.2 Foucault e a lógica do confinamento

Foucault situou a sociedade da disciplina nos séculos XVIII e XIX, atingindo seu apogeu no século XX. O indivíduo passava de um espaço de confinamento/fechado para outro: primeiro a família, depois a escola, mais tarde a fábrica, o hospital e eventualmente a prisão. Portanto, sua principal técnica era o confinamento. Nesse sentido Deleuze comenta sobre a lógica do confinamento de Foucault:

Os confinamentos são *moldes*, distintas moldagens, mas os controles são uma *modulação*, como uma moldagem auto-deformante que mudasse continuamente, a cada instante, ou como uma peneira cujas



malhas mudassem de um ponto a outro. Isto se vê claramente na questão dos salários: a fábrica era um corpo que levava suas forças internas a um ponto de equilíbrio, o mais alto possível para a produção, o mais baixo possível para os salários; mas numa sociedade de controle a empresa substituiu a fábrica, e a empresa é uma alma, um gás.

[...] As sociedades disciplinares têm dois pólos: a assinatura que indica o *indivíduo*, e o número de matrícula que indica sua posição numa massa. [...] Nas sociedades de controle, ao contrário, o essencial não é mais uma assinatura e nem um número, mas uma cifra: a cifra é uma *senha*, ao passo que as sociedades disciplinares são reguladas por *palavras de ordem* (tanto do ponto de vista da integração quanto da resistência). (DELEUZE, 2008, p. 221 e 222)

Assim, conforme a lógica do confinamento, nas sociedades disciplinares admitia-se a assinatura do indivíduo e sua matrícula, pois as disciplinas não viam incompatibilidade entre os dois. No entanto, como verifica-se adiante, a lógica do controle se refere a linguagem numérica, na sociedade de controle a empresa substituiu a fábrica, estabelecendo o salário por mérito, impondo sistema de metas e estimulando a competição; nas sociedades de controle o que importa é ter senha.

Deleuze (2005, p. 63 e 64) chama a atenção quando adverte que alguns autores enquadram Foucault como o pensador do encerramento e do enclausuramento. Segundo ele, para Foucault o encerramento foi sempre um dado secundário, que deriva de uma função primária, ou seja, é o exterior, o que está fora que determina o encerramento pelas disposições.

Este exterior é o que Foucault intitula como “o fora”, e também comentado por Deleuze como linha do fora. Essa linha é o caminho que nos direciona em nossa vida, e nas nossas relações com os outros. Nesse sentido Deleuze (2005, p. 65): “Daí a tripla definição de escrever: escrever é lutar, resistir; escrever é devir; escrever é cartografar, sou um cartógrafo”. É dessa forma que o autor dá sentido ao título do capítulo do seu livro sobre Foucault “Um novo cartógrafo (Vigiar e Punir)”, pois ele entende que escrever é uma linha, um caminho, que leva a um diagrama, que se constitui nas relações sociais.

### 1.3 Transição da sociedade da disciplina para a sociedade do controle

Diante dos acontecimentos da época analisados no decorrer deste trabalho, percebe-se que havia uma dominação, ou melhor, se forjaram os aparatos de dominação.

Sabe-se que Foucault é considerado o pensador das sociedades de disciplina, sendo que foi um dos primeiros a apontar que as tecnologias da disciplina estavam para ser substituídas pelas sociedades de controle. Nesse sentido Deleuze comenta:



Porém, de fato, ele é um dos primeiros a dizer que as sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando para trás, o que já não somos. Estamos entrando nas sociedades de controle, que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea. Burroughs começou a análise dessa situação. Certamente, não se deixou de falar da prisão, da escola, do hospital: essas instituições estão em crise. Mas se estão em crise, é precisamente em combates de retaguarda. O que está sendo implantado, às cegas, são novos tipos de sanções, de educação, de tratamento. (DELEUZE, 2008, p. 215 e 216)

Nesse sentido é interessante o comparativo realizado por Deleuze sobre os tipos de sociedade e as máquinas. Para ele a sociedade da soberania é como as máquinas simples; a sociedade da disciplina, máquinas energéticas; e a sociedade de controle, ele compara a máquinas cibernéticas e aos computadores. Assim, a sociedade de controle, já havia sido reconhecida por Foucault como o “nosso novo futuro”.

Diante dessa análise vê-se que nas sociedades de disciplina o poder opera como modelo em que se estende para todos os segmentos, todos os lugares, a força é para ordenar e compor; já nas sociedades de soberania, o diagrama possui funções, seria uma força para dividir massas, relação de força diversa, sendo que os diagramas intermediários são as passagens de uma sociedade para outra.

Pode-se então falar, em suma, da formação de uma sociedade disciplinar nesse movimento que vai das disciplinas fechadas, espécie de “quarentena” social, até o mecanismo indefinidamente generalizável do “panoptismo”. Não que a modalidade disciplinar do poder tenha substituído todas as outras; mas porque ela se infiltrou do meio das outras, desqualificando-as às vezes, mas servindo-lhes de intermediária, ligando-as entre si, prolongando-as, e principalmente permitindo conduzir os efeitos de poder até os elementos mais tênues e mais longínquos. Ela assegura uma distribuição infinitesimal das relações de poder. (FOUCAULT, 1998, p. 178)

Portanto, a questão do poder é levantada por Foucault. Ele desmistifica esse poder, desmistifica a Revolução Francesa, e questiona a ideia da razão. Segundo Deleuze, Foucault parece ser o primeiro a criar uma nova concepção de poder, sendo que o que caracterizou o esquerdismo foi um novo questionamento do problema do poder, dirigido contra o marxismo e as concepções burguesas. (DELEUZE, 2005, p. 40 a 47).

Conforme Deleuze, Foucault derruba os postulados tradicionais do pensamento de esquerda. Em relação ao postulado da propriedade (poder – uma classe teria conquistado mediante a propriedade), Foucault diz que o poder não é uma apropriação, mas um conjunto de estratégias materializadas em práticas, técnicas e disciplinas diversas. Ao postulado da localização (Estado e esfera pública como centro do poder), ele diz que o poder é difuso, não sendo global nem local; postulado da subordinação (o poder – Estado -



estaria subordinado a um modo de produção ou, em última instância, a uma infraestrutura econômica), o poder é diretamente produção, não comporta unificação nem centralização. Quanto ao postulado da essência ou do atributo (poder teria uma essência ou um atributo), Foucault entende que o poder não tem essência, é operatório; ele também não é um atributo, mas uma relação de forças que perpassa todo campo social, envolvendo dominadores e dominados. Em relação ao postulado da modalidade (poder agiria por violência ou por ideologia, as vezes oprimindo, as vezes enganando, controlando ou fazendo propaganda), ensina que o poder produz a realidade antes de mascará-la na ideologia; o poder produz a realidade antes de forçar o seu enquadramento através da violência, e quanto ao postulado da legalidade (lei é expressão contratual do poder) entende que a lei seria a guerra das estratégias de uma determinada correlação de forças. Assim, a teoria de Foucault é a teoria de poder como organização estratégica. (DELEUZE, 2005, p. 40 a 47)

## 2 SOCIEDADE DO CONTROLE PÓS-FORDISTA

O sistema pós-fordista se caracteriza pela sociedade do capital – sociedade do controle. Nesse momento a fábrica é substituída pela empresa: não há mais mão-de-obra braçal, agora é mão-de-obra flexível, os quais devem criar novas demandas. Mediante esse sistema a sociedade de controle é instituída com o controle do empregado pela sua produtividade e não mais pelo horário.

Para compreendermos a transição da sociedade da disciplina para a sociedade do controle é essencial fazer uma análise da modernidade. Devemos iniciar por identificar os três pilares fundamentais sobre os quais se construiu todo o período histórico que conhecemos como modernidade: a cidadania, o Estado Nacional e a família patriarcal, pois foi com o pensamento liberal que as três grandes promessas – liberdade, igualdade e fraternidade – que se moldou toda a época da modernidade da sociedade humana, e que ainda não se efetivou, visto que nem a liberdade, nem a igualdade e nem a fraternidade efetivamente se concretizaram no mundo da realidade.

Diante desse contexto, desse novo modelo, nos deparamos com os meios de produção, os quais pertenciam ao capitalista.

O trabalhador trabalha sob o comando do capitalista a quem pertence seu trabalho. O capitalista cuida de que o trabalho se realize em ordem e os meios de produção sejam empregados conforme seus fins, portanto, que não seja desperdiçada matéria-prima e que o instrumento de trabalho seja preservado, isto é, só seja destruído na medida em que seu uso no trabalho o exija. (MARX, 1985, p. 154)

Assim, os meios de produção tinham como objetivo a construção de capital mediante a compra e venda da força de trabalho. A força de trabalho é analisada por Marx.



[...] o motivo que impulsiona e o objetivo que determina o processo de produção capitalista é a maior autovalorização possível do capital, isto é, a maior produção possível de mais-valia, portanto, a maior exploração possível da força de trabalho pelo capitalista. Com a massa dos trabalhadores ocupados ao mesmo tempo cresce também sua resistência e com isso necessariamente a pressão do capital para superar essa resistência. A direção do capitalista não é só uma função específica surgida da natureza do processo social do trabalho e pertencente a ele, ela é ao mesmo tempo uma função de exploração de um processo social de trabalho e, portanto, condicionada pelo inevitável antagonismo entre o explorador e a matéria-prima de sua exploração. (MARX, 1985, p. 263)

Diante desse contexto De Giorgi desenvolve sua crítica, fundamentalmente no campo da apropriação dos meios de produção, e no controle dos envolvidos no processo de produção, tendo em vista que o novo regime de produção e mobilização do trabalho – a partir do modelo pós-fordista - pode ter relação com a proliferação de formas inovadoras de controle, com a multiplicação dos dispositivos de segregação e de vigilância e o novo encarceramento em massa. Partindo desse ponto nos deparamos com uma discussão geral sobre a nova economia política da punição, considerada mais aberta e mais propensa a novas formas de criminalização e controle. (DE GIORGI, 2006)

Segundo o autor tem-se observado uma exacerbação da rigidez criminal: aliada a lógica dos meios de comunicação cria uma atmosfera de necessidade de novas formas de segurança e de prevenção. Os poderes podem estar contemplando uma sociedade que não consegue ser vista pelas formas de controle preventivo, como por exemplo, a vigilância. Com a identificação de grupos de risco, potencialmente criminosos (migrantes, as minorias, jovens) surge uma seletividade que leva ao endurecimento da economia política penal em relação a esses grupos, propiciando o surgimento de uma grande metrópole punitiva, que obedece a uma estratégia de redução da complexidade e de destruição de uma impensável aliança social que é potencialmente fatal para o regime de acumulação pós-fordista: a multidão.

Conforme De Giorgi é necessário estabelecer duas premissas básicas para uma possível análise dos processos de transformação e mutação nos processos produtivos:

La primera premisa, de orden metodológico, atañe a La utilidad de este término, «postfordismo», que aparece tan asiduamente en este trabajo. Como se decía en las páginas introductorias, postfordismo es una expresión ya asentada tanto en la literatura económica (al menos en la no ortodoxa), como en el léxico sociológico y político. Sin embargo, la difusión amplia de un término no es necesariamente sinónimo ni de su eficacia explicativa ni de su capacidad para describir los fenómenos a los que se refiere. «Post» indica siempre un proceso de transición de «lo que ya no es» a «lo que todavía no es»; esto es, denota dinámicas de transformación que aunque por un lado nos permiten pensar que ya nada ES como antes, por el otro nos





sorprenden sin herramientas para describir la situación en todos sus aspectos. [...]

La segunda premisa atañe en cambio a la necesidad de «calificar» el modo en el que se usa el concepto de postfordismo. El hecho mismo de que esta categoría se refiera a La percepción de tendencias antes que a la identificación de un modelo definido, permite que se la pueda utilizar para describir fenómenos diversos y usualmente contradictorios. (DE GIORGI, 2006, p. 87 e 88)

Nesse sentido, observa que a nível global está em curso um processo de transformação econômica que afirma o esgotamento do modelo industrial fordista, ao mesmo tempo em que está em curso um processo de articulação do sistema capitalista a partir da segunda guerra mundial.

A partir desse momento histórico, assiste-se a uma implosão gradual do paradigma Taylorista de organização do trabalho, que culminará com o desaparecimento do modelo baseado na verticalidade funcional da indústria, com atribuições fragmentadas e definidas pela atribuição de responsabilidades. Nas palavras de De Giorgi, na contemporaneidade está consumada a crise do modelo fordista de regulação da dinâmica salarial, não conseguindo mais manter estável a relação renda/produtividade social/consumo de massa. (DE GIORGI, 2006)

Partindo dessa premissa capitalista, renda, produtividade, consumo, Corrêa descreve com propriedade:

O que define o capitalismo é justamente o surgimento de novas relações de produção gerando uma separação relativa (não de exterioridade ou autonomia absoluta) entre Estado e economia. Nessa nova relação produtiva (capital/trabalho) os trabalhadores são livres, mas totalmente despossuídos de seus meios de trabalho. Para sobreviver no sistema de mercado os trabalhadores se obrigam a vender sua própria força-de-trabalho (única mercadoria de que são proprietários), vista no processo produtivo como mercadoria geradora de mais-valia e de acumulação de capital. (CORRÊA, 2002, p. 133)

A divisão social do trabalho é estabelecida mediante as relações de produção a qual define espaços determinados para as classes sociais. Além disso, são reescritas as fronteiras de produção capitalista, pois não se trata mais do capital ser global, mas um espaço de valorização ausente de limites onde não existem instituições nacionais soberanas e nem limitação territorial do poder. O território global do capital é a regra, onde circulam sujeitos e regimes de controle perfeitamente diferenciados, fluxo de dinheiro, de força de trabalho e de informação. Trata-se de uma mutação de um regime de plena ocupação onde a desocupação é resultado de um ajuste estrutural, onde a economia passa a ser orientada pela informação, pelo trabalho imaterial, e a centralidade da classe trabalhadora é deslocada para uma força de trabalho global caracterizada como uma multidão, o que não é o mesmo que desempregados de toda sorte, apesar de que a economia pos-fordista gerou uma grande massa de pessoas sem emprego. Esse fenômeno não indica ser essa mudança



estrutural da força de trabalho como uma característica exclusiva dos países dominantes, mas um efeito imediato da estratificação hierárquica imposta à força ao trabalho global pelo domínio capitalista sobre a produtividade social. (DE GIORGI, 2006)

Nesse sentido, fazendo algumas observações sobre o capitalismo como território global, Deleuze salienta:

O que mais nos interessa em Marx é a análise do capitalismo como sistema imanente que não pára de expandir seus próprios limites, reencontrando-os sempre numa escala ampliada, porque o limite é o próprio Capital. *Mille plateaux* indica muitas direções, sendo estas as três principais: primeiro, uma sociedade nos parece definir-se menos por suas contradições que por suas linhas de fuga, ela foge por todos os lados, e é muito interessante tentar acompanhar em tal ou qual momento as linhas de fuga que se delineiam. [...] Há uma outra direção em *Mille plateaux*, que já não consiste apenas em considerar as linhas de fuga mais do que as contradições, porém as minorias de preferência às classes. Enfim, uma terceira direção, que consiste em buscar um estatuto para as máquinas de guerra”, que não seriam definidas de modo algum pela guerra, mas por uma certa maneira de ocupar, de preencher o espaço-tempo, ou de inventar novos espaços-tempos: os movimentos revolucionários (não se leva em conta o suficiente, por exemplo, como a OLP teve que inventar um espaço-tempo no mundo árabe), mas também os movimentos artísticos são máquinas de guerra. (DELEUZE, 2008, p. 212)

Conforme o entendimento de De Giorgi, o que se verifica e se assiste é a passagem de um modelo de produção quantitativo, baseado na carência, onde se tinha um conjunto bem orientado de estratégias de disciplinamento e controle dessa carência, aqui referida como a diminuição drástica da necessidade de trabalho vivo para um modelo de produção qualitativo, baseado na excedência, com a conseqüente formulação de estratégias orientadas ao controle dessa excedência. Não é possível separar estas duas tendências, pois elas convivem dentro de uma força de trabalho, ou melhor, a força de trabalho está inserida dentro destas duas tendências de maneira tal que surge a crise num universo distinto bem consolidado: deve-se pensar nas relações/distinções entre trabalho e não trabalho, produção e reprodução e entre ação instrumental e ação comunicativa. (DE GIORGI, 2006)

Der qualquer forma sempre a busca é pelo capital, a sociedade se constitui e se transforma diante do mesmo paradigma. Nessas circunstâncias, tendo como limite o capital, Marx entende que o movimento pela busca desse capital é incessante.

Como portador consciente desse movimento, o possuidor do dinheiro torna-se capitalista. Sua pessoa, ou melhor, seu bolso, é o ponto de partida e o ponto de retorno do dinheiro. O conteúdo objetivo dessa circulação – a valorização do valor – é sua meta subjetiva, e só enquanto a apropriação crescente de riqueza abstrata é o único motivo indutor de suas operações, ele funciona como capitalista ou capital personificado, dotado de vontade e consciência. O valor de



uso nunca deve ser tratado, portanto, como meta imediata do capitalismo. Tampouco o lucro isolado, mas apenas o incessante movimento do ganho. (MARX, 1985, p. 129)

Com o aumento da tecnologia, a necessidade de força de trabalho para o processo produtivo vai sendo substituída por outras formas. Nesse sentido, De Giorgi salienta que a partir dos anos 80 a força de trabalho vai sendo substituída por novas máquinas que realizam o trabalho de muitos, necessitando apenas de alguns poucos técnicos para controlá-las, pois o utensílio hegemônico da produção pós-fordista é o intelecto. Assim, grande quantidade de mão-de-obra vai sendo deslocada para o mercado informal com graves consequências quanto à segurança. Aliado a isso, a política econômica neoliberal vai aos poucos causando a derrocada das garantias sociais, propagando a incredulidade e a incerteza na vida das pessoas. Entra em ação o processo produtivo baseado no *Toyotismo* - filosofia diametralmente oposta ao fordismo. Surge assim a necessidade de um trabalhador especializado, mas multifuncional, que tenha a ideia completa do processo produtivo. Nasce dentro da empresa uma reestruturação da força de trabalho. Entra em cena a descentralização, o *outsourcing* (terceirização), o *downsizing* (enxugamento) que causa uma desestruturação da força de trabalho. (DE GIORGI, 2006)

Percebe-se assim que o sistema fabril iniciou a produção do excedente. De acordo com De Giorgi, disso resulta que o desemprego já não se refere à falta de trabalho, mas sim a privação do emprego, entendido como um conjunto de seguranças que foram expropriados dos trabalhadores pelo pós-fordismo: estabilidade, acesso a determinadas garantias, titularidade de um conjunto de direitos sociais reconhecidos. Com isso, é jogado na sociedade um conjunto de indivíduos destituídos de um sistema de instrumentos políticos de mediação entre economia e sociedade, causando um excedente de força de trabalho que devem ser controlados. Aqui se verifica então a excedência negativa, ou seja, uma força de trabalho que se transformou numa multidão, a qual excede as relações de produção capitalista e experimenta de forma direta como o conceito de trabalho-emprego se torna obsoleto, e assiste uma brutal negação dos seus direitos de cidadania. Já a excedência positiva ocorre quando o trabalho passa por uma transformação qualitativa, sendo cada vez mais cognitivo e imaterial. (DE GIORGI, 2006)

Diante desse contexto, importante o entendimento de Deleuze quanto ao capitalismo no aspecto do Mercado:

No capitalismo só uma coisa é universal, o mercado. Não existe Estado universal, justamente porque existe um mercado universal cujas sedes são os Estados, as Bolsas. Ora, ele não é universalizante, homogeneizante, é uma fantástica fabricação de riqueza e de miséria. Os direitos do homem não nos obrigarão a abençoar as "alegrias" do capitalismo liberal do qual eles participam ativamente. Não há Estado democrático que não esteja totalmente comprometido nesta fabricação da miséria humana. A vergonha é não termos nenhum meio seguro para preservar, e principalmente para alçar os devires, inclusive em nós mesmos. Como um grupo se



transformará, como recairá na história, eis o que nos impõe um perpétuo “cuidado”. Já não dispomos da imagem de um proletário a quem bastaria tomar consciência. (DELEUZE, 2008, p. 213)

Assim, a busca pelo capital, e as consequências disso é perceptível, no entanto tomar consciência disso não está sendo suficiente para provocar uma transformação (devir). Configura-se então a excedência positiva pelo excesso de potencialidade produtivas, de vínculos de cooperação, de formas de comunicação. No entanto o capital se mostra incapaz de governar ativamente essa excedência, visto que isso excede as formas de racionalização do real, limitando-se a exercer controle externo frente a crescente cooperação produtiva.

Acentua, ainda, que o comando imperialista não é mais exercido pelo poder disciplinador do Estado Moderno, mas através de modalidades de controle biopolítico. O objeto de controle biopolítico é uma multidão produtiva que não pode ser regulada e nem normatizada, mas governada em sua própria autonomia. A identidade de um povo é substituída pela mobilidade, flexibilidade e pela perpétua diferenciação de multidão, a qual permite identificar uma força de trabalho ampla, cujos limites escapam a qualquer capacidade de identificação por parte do comando capitalista. Por fim, a passagem de um modelo de produção fordista para uma pós-fordista resulta numa progressiva extenuação de uma soberania estatal entendida como um complexo de estratégias disciplinadoras de normatização da classe trabalhadora. Surge um domínio imperial construído em torno de um controle biopolítico da multidão. (DE GIORGI, 2006)

Portanto, é evidente o quanto o capitalismo influenciou na transformação da sociedade disciplinar para a sociedade do controle. Nesse sentido Deleuze faz sua abordagem.

É o dinheiro que talvez melhor exprima a distinção entre as duas sociedades, visto que a disciplina sempre se referiu a moedas cunhadas em ouro – que servia de medida padrão -, ao passo que o controle remete a trocas flutuantes, modulações que fazem intervir como cifra uma percentagem de diferentes amostras de moeda. A velha toupeira monetária é o animal dos meios de confinamento, mas a serpente o é das sociedades de controle. (DELEUZE, 2008, p. 222)

### 3 OS MOMENTOS HISTÓRICOS E A CRIAÇÃO DO NOVO

Diante dos acontecimentos históricos e as transformações ocorridos é importante lembrar os ensinamentos de Deleuze em entrevista a Toni Negri sobre Controle e Devir:

- É que cada vez mais fui sensível a uma distinção possível entre o devir e a história. Nietzsche dizia que nada de importante se faz sem uma “densa nuvem não histórica”. Não é uma oposição entre o eterno e o histórico, nem entre a contemplação e a ação: Nietzsche fala do que se faz, do acontecimento mesmo ou do devir. O que a história



capta do acontecimento é sua efetuação em estados de coisa, mas o acontecimento em seu devir escapa à história. A história não é a experimentação, ela é apenas o conjunto das condições quase negativas que possibilitam a experimentação de algo que escapa à história. Sem a história, a experimentação permaneceria indeterminada, incondicionada, mas a experimentação não é histórica. (DELEUZE, 2008, p. 210 e 211)

Assim, é cada vez mais sensível uma distinção entre o devir e a história. A história designa somente o conjunto das condições, por mais recentes que sejam. O devir, ou seja, o transformar-se, desvia-se desses acontecimentos para criar algo novo.

#### **4 CONSEQUENCIAS E QUESTIONAMENTOS**

Após a passagem da sociedade da disciplina para a sociedade do controle e diante das consequências que gerou, alguns questionamentos poderiam ser realizados. Nesse sentido Deleuze faz uma reflexão:

O marketing é agora o instrumento de controle social, e forma a raça imprudente de nossos senhores. O controle é de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado, ao passo que a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua. O homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado. É verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas. (DELEUZE, 2008, p. 224)

Conforme o exposto pelo autor, podemos verificar um problema a ser enfrentado pelo controle, como podemos gerir a miséria diante do contexto estabelecido. Outros questionamentos são apresentados por Deleuze:

Uma das questões mais importantes diria respeito à inaptidão dos sindicatos: ligados, por toda sua história, à luta contra disciplinas ou nos meios de confinamento, conseguirão adaptar-se ou cederão o lugar a novas formas de resistência contra as sociedades de controle? Será que já se pode aprender esboços dessas formas por vir, capazes de combater as alegrias do marketing? Muitos jovens pedem estranhamente para serem “motivados”, e solicitam novos estágios e formação permanente; cabe a eles descobrir a que estão sendo levados a servir, assim como seus antecessores descobriram, não sem dor, a finalidade das disciplinas. Os anéis de uma serpente são ainda mais complicados que os buracos de uma toupeira. (DELEUZE, 2008, p. 226)

Portanto, a resposta aos questionamentos trazidos por Deleuze é no sentido que de que cabe aos jovens descobrir a que estão sendo levados a servir, assim como seus antecessores descobriram.



Algumas consequências da transição são bem lembradas por Deleuze. Nas prisões: penas substituídas para pequenas delinquências e utilização de tornozeleiras eletrônicas, que obrigam o condenado a ficar em determinado lugar. Nas escolas: controle e avaliação de forma contínua. Nos hospitais: nova medicina sem médico e sem doente (medicina preventiva). Nas empresas: novas maneiras de tratar o dinheiro, os produtos e os homens (substituição das fábricas por empresas). (DELEUZE, 2008, p. 225)

Portanto, o século XXI inaugurou outra forma de controle, aparentemente mais leve e substancialmente mais eficaz: o controle internalizado no medo da exclusão, da segregação, da condenação pelo olhar dos outros. Com a comunicação rápida devido às novas tecnologias não há mais da presença física de uma autoridade disciplinar nem os limites de um espaço que requer determinado comportamento, como a fábrica, a escola, a igreja. Os indivíduos se sentem “coagidos” a se comportar de determinada forma para não serem condenados seja pelo Estado ou pela própria sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apenas conseguimos entender a sociedade que vivemos se tivermos conhecimento de como ela foi constituída. Nossa sociedade passou por diversas transformações, ou seja, ela se constituiu numa sociedade de soberania, para mais tarde passar para a sociedade da disciplina, e posteriormente se transforma na sociedade do controle.

A sociedade da disciplina é retratada por Michel Foucault de forma toda particular, mediante uma série de tecnologias de disciplina do corpo. Assim, a construção do sujeito dócil, útil e submisso à ordem estabelecida é possível pelos métodos disciplinadores, nos quais o corpo e a mente do sujeito são moldados de acordo com o que se pede no meio social. Diante dos acontecimentos passa-se para a sociedade do controle, o controle, a sociedade do capital, analisado por alguns autores, como Gilles Deleuze. A questão da sociedade pós-fordista é amplamente estudada por De Giorgi, trazendo as dificuldades que o sistema capitalista trouxe para a sociedade. Karl Marx trata sobre o capitalismo e a forma com que o capitalista comandou o sistema. Todas essas informações nos permite entender como o capitalismo influenciou nas sociedades e respectivas transições.

Algumas consequências e questionamentos surgem com toda essa evolução. Desafios são lançados diariamente, e o Estado se depara com problemas que devem ser enfrentados. A solução muitas vezes parece inatingível, diante de algumas patologias da sociedade moderna, no entanto, cabe a todos a contribuição para a construção de uma sociedade desenvolvida economicamente, mas também uma sociedade onde as pessoas se reconheçam como sujeitos de direitos, onde haja respeito mútuo entre as pessoas, para a constituição das relações jurídicas e sociais, em especial a contribuição dos jovens que tem nas mãos a possibilidade de transformação.



## REFERÊNCIAS

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**: reflexões histórico-políticas. 3. ed. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2002.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**; tradução Cláudia Sant'Anna Martins; revisão da tradução Renato Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Conversações**. 1972 – 1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 2008.

DE GIORGI, Alessandro. **El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud**. Tradução de José Ángel Brandariz García e Patricia Faraldo Cabana. Madrid: Fabrica de Sueños, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política; apresentação de Jacob Gorender; coordenação e revisão de Paul Singer; tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. 2. ed. revista e ampliada - Florianópolis: Ed. da UFSC, 1996.



## **MOTIVAÇÃO DAS REFORMAS NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA E A AMPLIAÇÃO OU REDUÇÃO DE DIREITOS NAS REFERIDAS NORMAS <sup>1</sup>**

*Dauro Vinicius do Nascimento e Silva<sup>1</sup>  
Marlise Buzatto<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A presente pesquisa visa identificar motivos relevantes para a reforma previdenciária, além de pesquisar sobre qual foi o impacto nos direitos anteriormente previstos, se houve ampliação ou redução de desses.

A presente matéria possui valor social relevante, já que refere-se a benefícios e serviços que asseguram uma vida digna das pessoas que cumpriram seu papel no seio da sociedade, cidadãos que ao longo de sua vida contribuíram para Previdência e tornaram-se merecedores de amparo e retribuição pelos serviços prestados. Assim o referido estudo visa identificar quais são os motivos apontados para as reformas na legislação previdenciária e conclui fazendo uma análise da ampliação ou redução dos direitos.

### **2. POR QUE HÁ REFORMAS NA PREVIDÊNCIA?**

#### **2.1 ASPECTO DEMOGRÁFICO**

O presente trabalho serão estudados os fatores relevantes no que diz respeito às mudanças na legislação previdenciária, questões relacionadas ao aspecto demográfico e como isso tem influenciado o mercado de trabalho e ocasionado o chamado déficit previdenciário.

Segundo Suzane Andrade Ferraro, uma das variáveis que estimulou o processo de reforma previdenciária, foi a dinâmica demográfica, que se caracteriza pelo acelerado envelhecimento populacional decorrente do aumento da longevidade e da diminuição das taxas de fecundidade, aliada a crescentes valores de expectativa de vida na data de aposentadoria. Outro fator apontado pela autora foi a concessão de benefício no início dos anos 90 sem qualquer contrapartida contributiva, após a expansão de benefícios assegurada pela Constituição de 1988 (FERRARO, 2010, p. 29).

Fabio Zambitte Ibrahim em uma de suas obras traz dados importantes a serem analisados, como o envelhecimento populacional e baixa natalidade, elementos esses que não foram levados em consideração na criação dos primeiros regimes protetivos. Ressalta o referido autor que até a metade do século XX era preponderante a alta taxa de natalidade e baixa expectativa de vida, mas que o cenário muda de forma acentuada nos últimos anos (IBRAHIM, 2011, p. 203).

Ibrahim ressalta a importância de mudanças na legislação previdenciária diante de informações mais recentes observa que:

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNDA), edição de 2009, confirma a tendência de envelhecimento da população também





no Brasil. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2009 os grupos de idade de 25 39 anos, 40 a 59 anos e 60 anos ou mais corresponderam a 23,7% (45,4 milhões), 23,4%(44,8 milhões) e 11,3%(21,7 milhões), respectivamente. A parcela de idosos já superou a barreira de 10%da população, com forte tendência de alta.

O autor ainda acredita na possibilidade do crescimento percentual do número de idosos. Assim afirma que até o ano de 2050 atingirá os 22% e aponta como fatores determinantes a evolução na medicina e as melhorias generalizadas de condição de vida, com aprimoramento das capacidades individuais. Motivo importante apontado por Fabio Zambitte Ibrahim para mudanças na legislação previdenciária é a diminuição da taxa de natalidade. O autor ao analisar o referido tema afirma que é um fenômeno que vem ocorrendo nos últimos 30 anos. Seriam fatores determinantes dessa diminuição a pobreza e restrições de ordem financeira que impõem um planejamento familiar forçado, limitando a procriação como forma de sobrevivência dos demais, mas ressalva que este fundamento nem sempre foi aceito e que mais recentemente a causa apontada está relacionada a autonomia da mulher (IBRAHIM, 2011, p. 203).

A autonomia apontada pelo autor fundamenta-se:

[...] as mulheres, a partir do momento em que alcançam melhor a educação e a possibilidade de decidir sobre suas próprias vidas, têm adiado a maternidade propositadamente, seja para avançar em sua formação acadêmica, como garantia de permanência no mercado de trabalho e evolução na carreira, ou mesmo como forma de realização pessoal.

Enquanto as mulheres sofrerem, quase que exclusivamente, os encargos da maternidade, especialmente pelas limitações profissionais que produzem, é quase certo que optarão por adiá-la, muito embora, em pesquisa realizada em diversos países europeus, há clara preferência e mesmo desejo das mulheres em alcançar a marca tradicional de dois filhos (IBRAHIM, 2011, p. 207).

Renato Follador, aponta causas que segundo ele provocam o déficit do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) dentre elas a intensa transição demográfica. Traçando comparativo, afirma que nosso país envelhece em uma velocidade duas vezes maior que a dos Estados Unidos, que nossa taxa de natalidade vem caindo, conseqüentemente há queda no crescimento populacional e aumento da expectativa de vida (FOLLADOR, 2008, p. 45).

Além do aspecto demográfico ser fator relevante na legislação previdenciária, as mudanças no mercado de trabalho também têm sido apontadas como fator preponderante para as referidas mudanças.

## 2.2 MUDANÇAS NO MERCADO DE TRABALHO

Ao longo do tempo, inúmeras mudanças no mercado de trabalho vêm ocorrendo.

Suzane Andrade Ferraro observa que além dos aspectos demográficos, as mudanças no mercado de trabalho estão intimamente relacionadas à necessidade de reforma do sistema previdenciário, nesse sentido, leciona:

Devido às mudanças constitucionais em um pouco mais de uma década, o total de benefícios pagos pela previdência social se expandiu fortemente: cresceu cerca de 11,6 milhões em 1988 para 23,1 milhões em 2004. No meio rural, a expansão no número de benefícios passou de 4 milhões para sete milhões[...]. Esse expressivo aumento na concessão não acompanhada pela expansão do ingresso de trabalhadores ativos no sistema de Seguridade Social (FERRARO, 2010, p. 29).

João Augusto de Palma traz valiosa lição no que se refere ao aumento do número de beneficiários, ao afirmar que:

Nós não podemos permitir que dentro de 10 ou 20 anos nós tenhamos mais gente aposentada do que gente ativa, porque quando isso ocorrer quebra o sistema da Previdência. E aí não haverá aposentado nenhum, porque não haverá recursos para isso (PALMA, 1998, p. 19).

O autor ainda analisa comportamentos relacionados a questão cultural e a questão econômica de nosso povo “[...] Aqui as pessoas querem aposentar logo porque o trabalho é mal pago. Querem aposentar logo porque têm más condições de trabalho [...]” (PALMA, 1998, p.19).

É evidente o crescimento do número de beneficiários pela Previdência Social ao longo dos anos, fato este que provoca um desequilíbrio atuarial, o qual será tratado no tópico a seguir.

## 2.3 DESEQUILIBRIO FISCAL

Um dos motivos de reforma previdenciária é a redução do desequilíbrio fiscal, como bem observa Armando de Queiroz Monteiro Neto ao estabelecer que muitas vezes são necessárias mudanças na legislação previdenciária e que essas têm como objetivo o equilíbrio fiscal (NETO *in* MORHY et.al [Orgs], 2003, p. 221).

João Augusto da Palma questiona os motivos do governo promover mudanças na legislação previdenciária sendo que essas geram um incômodo em vários segmentos da sociedade. Questiona: se serão supridos direitos para gastar menos. E essa supressão comprometerá direitos consagrados? Quem irá privilegiar ou combater corporações?

O autor ao discorrer sobre a questão faz a seguinte análise:



Mantidas as regras atuais, a perspectiva é de déficits crescentes – mesmo admitindo uma melhora de fatores conjunturais como o nível de atividade da economia, a eficiência da administração do sistema, o combate às fraudes e a sonegação etc. Como esses déficits têm de ser cobertos pelo Tesouro, o desequilíbrio das contas da Previdência se transmite automaticamente ao orçamento da União. Não há como pensar em equilíbrio fiscal duradouro nessas condições. Nem há como pensar em aumento de salário mínimo enquanto o valor dos benefícios previdenciários estiver vinculado a ele (PALMA, 1998, p. 17).

Valiosa reflexão nos traz João Augusto de Palma ao afirmar que mudanças seriam necessárias nos critérios de aposentadoria, a qual combinasse tempo de serviço e idade mínima, mas faz a ressalva que as mesmas não afetariam os atuais aposentados, já que possuem direito adquirido.

Nesse mesmo sentido o autor afirma que:

A correção das distorções não para por aí. Que autoridade teríamos para mexer na regra geral da aposentadoria por tempo de serviço, sem tocar nas aposentadorias especiais dos servidores públicos, magistrados, parlamentares, professores. Aposentadorias precoces ou duplicatas, graças a “repiques” e contagens recíprocas ou simultâneas de tempo de serviço tem levado a que despesa com inativos da União absorva uma parcela crescente da despesa total com pessoal. Isto, aliás, explica em grande medida o paradoxo de que a despesa com pessoal aumenta enquanto o salário da maioria dos servidores ativos permanece baixo (PALMA, 1998, p. 18).

Ibrahim ao discorrer sobre mudanças na legislação previdenciária, lembra que determinados segurados encontram-se em situações específicas, por exemplo o segurado especial, então afirma que:

A atividade rural, tanto no Brasil quanto no mundo, demanda tratamento diferenciado, até pelo elevado grau de vulnerabilidade social que representa, agregando, em termos mundiais, três quartos de todos os pobres existentes, além de representar uma das atividades profissionais mais perigosas existentes, com estimativas de mortes que ultrapassam, no mundo, 170 mil pessoas (IBRAHIM, 2011, p. 225).

Ibrahim ao dissertar sobre as mudanças previdenciárias aponta que modelo de previdência adequado não deve somente amparar os riscos tradicionalmente conhecidos, mas deve “[...] atender outras situações que gerem incertezas financeiras para pessoa e sua família[...]”. O autor também analisa o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, este oriundo do modelo alemão de proteção social em que baseava-se em afastar precocemente trabalhadores do mercado de modo a abrir novos postos de trabalho para os mais jovens, mas que, segundo o entendimento de Ibrahim ,



inviável no contexto atual de envelhecimento populacional (IBRAHIM, 2011, p. 209-210).

Diante disso faz a seguinte análise:

O afastamento precoce foi uma estratégia que pode ter cumprido algum papel quando dos primórdios da revolução industrial, em que as inadequações profissionais ocorriam, mas em passo muito mais lento que nos dias de hoje. Um modelo de previdência social compatível com a realidade da sociedade de risco demanda forte investimento em readaptação profissional e educação, permitindo a permanência no mercado de trabalho, e não o afastamento (IBRAHIM, 2011, p. 209-210).

Palma aponta para a necessidade de uma regra de transição, no que se refere as mudanças na legislação previdenciária, especialmente a aposentadoria, que resguarde as expectativas de direito dos trabalhadores ponderando o tempo que faltaria para o trabalhador se aposentar pelas regras atuais (PALMA, 1998, p. 30).

Fabio Zambitte Ibrahim trata em uma de suas obras sobre a distinção de gênero na previdência e afirma ser um dos temas de maior controvérsia no âmbito previdenciário. Assim, faz a seguinte análise:

A preocupação com as mulheres não é insubsistente, pois, em reformas previdenciárias, as mudanças tendem a prejudicar, em maior grau, justamente este gênero, já que as mulheres em regra vivem mais, recebem menos e são mais dependes de benefícios previdenciários que os homens [...] (IBRAHIM, 2011, P. 210).

João Augusto Palma ao analisar o sistema previdenciário observa que:

A Previdência Pública Federal atual perdeu a capacidade de autofinanciar-se. A contribuição sobre a folha de salários brevemente não dará mais para pagar as despesas com benefícios. O Tesouro está socorrendo a Previdência. A reforma evitará a insolvência do sistema (PALMA, 1998, p. 29-30).

Sergio Marques de Castro em síntese sobre as Medidas Provisórias adotadas para reformas na previdência afirma que foram estabelecidas novas regras, mas que essas apenas reduziram custos fiscais ao erário, sem quaisquer medidas compensatórias em favor dos trabalhadores segurados. Nesse mesmo sentido o autor leciona acerca do princípio da vedação do retrocesso social, inclusive relatando julgamentos do Supremo Tribunal Federal, os quais têm sido unânimes em questões em que atos normativos e posturas governamentais atentatórias à proteção do mínimo existencial e da vedação do retrocesso social, têm sido julgadas inconstitucionais, por implicarem elas, ao fim, vulneração à dignidade da pessoa humana (CASTRO, 2015, s. p.).

Inúmeros fatores contribuem para mudanças na legislação previdenciária, todavia torna-se necessária uma análise criteriosa da atual



situação do regime previdenciário, apontado como deficitário em alguns aspectos, mas que em outros demonstra fontes as quais o tornariam amplamente sustentável.

## 2.4 DÉFICIT PREVIDENCIÁRIO

Jair Soares ressalta que os motivos alegados pelo governo para efetivação de reformas previdenciárias, dentre os quais se destaca o déficit previdenciário, esse, segundo o autor, trata-se de manobra para sensibilizar a sociedade, pois segundo dados divulgados por entidades, como é o caso do Associação Nacional de Auditores da Receita Federal ao longo dos últimos 8 anos houve superávit nas contas da Previdência Social. Assim, segundo o autor, determinada manobra tem o intuito de esconder que há ausência de contribuição patronal por parte dos governos da União, dos Estados, dos Municípios (exceção honroso de 2158 deles que possuem regimes próprios) e do Distrito Federal. O Governo não tem repassado sua parte como empregador, e além disso, não faz chegar aos cofres da Previdência os recursos previstos na Constituição de 1988 (Cofins, CSLL, CPMF) para custear diversas despesas da Previdência tais como: seguro desemprego, salário família, salário maternidade, e outras (SOARES, 2003, p. 253).

Nesse sentido afirma Ibrahim que:

É comum encontrarmos nos jornais escatológicas notícias sobre o déficit previdenciário, apontando a insolvência iminente do sistema, com a conseqüente derrocada do modelo. De outro lado, há quem aponte os superávits do modelo da seguridade social brasileira, incluindo previdência, assistência e saúde, alegando – com razão - que boa parte dos recursos da seguridade social é utilizada em outros fins públicos. A verdade encontra-se em algum ponto intermediário, pois o modelo brasileiro de proteção social, é verdade, possui, hoje, receita suficiente para fazer frente as despesas, e por isso a alegação do déficit do sistema é equivocada (IBRAHIM, 2011, p. 121).

Thais Maria Riedel da Resende Zuba, ao analisar a atual situação do sistema previdenciário, faz as seguintes considerações:

Um aspecto invocado pelos defensores das reformas diz respeito ao enorme déficit do sistema previdenciário brasileiro. Esse argumento é duramente rebatido por vários doutrinadores, uma vez que se verifica ser prática comum no Congresso Nacional a aprovação de leis mediante as quais são desviados recursos da seguridade social para finalidades distintas das áreas da saúde, previdência e assistência social. Somente no ano de 1995 a 2002 foram editadas mais de cem leis que oficializavam o inconstitucional desvio de recursos. Uma análise mais minuciosa desses dados poderia, certamente, desmontar os falsos argumentos de déficit da previdência social. Nunca, porém, o Estado brasileiro menciona a ausência de cotização governamental, que gera um descontrole maior do sistema. Omite-se a natureza jurídica original do benefício previdenciário do servidor, o qual previsto em lei como prêmio depois



de determinado tempo de trabalho, questões estas que tardiamente se tenta consertar (ZUBA, 2013, p. 131-132).

Sob a mesma ótica, a referida autora em seu texto analisa dados de levantamento realizados no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAF), o qual demonstra que grande parte dos recursos é legalmente desvinculada pelo mecanismo de desvinculação das receitas da União (DRU). Assim conclui que não há falta de recursos e sim desvio dos mesmos para despesas do orçamento fiscal o que gera o chamado déficit, mas que na verdade segundo a autora uma política de negar recursos à saúde, à assistência social e à previdência, em favor de acumulação financeira (ZUBA, 2013, p. 131-132).

Bruno Henrique do Prado traz valiosa contribuição ao discorrer sobre a real situação do sistema previdenciário quando afirma que a divulgação do déficit previdenciário cria um clima de incerteza quanto à situação real do equilíbrio previdenciário, porém ressalta que dados do próprio INSS constatarem situação contrária à divulgada.

Ao analisar o orçamento, o referido autor destaca:

Devemos lembrar que o Orçamento da Seguridade Social (OSS) é levado em consideração os três pilares: Saúde, Previdência Social e Assistência Social, ou seja, mesmo que o INSS (Previdência Social) contabilizasse as despesas maiores que as receitas, existiria orçamento para o sistema em completo dando suporte para seu equilíbrio saudável.

Particularmente, acredito que as informações sobre o déficit do sistema previdenciário brasileiro têm um único objetivo o qual é gerar a incerteza do segurado quanto ao recebimento de sua aposentadoria no futuro gerando assim uma necessidade desse segurado contratar um plano de previdência privada, gerando mais receitas aos bancos e empresas gestoras deste serviço e conseqüentemente aumentando a arrecadação tributária aos cofres públicos, dinheiro este que sabemos que não é aplicado de maneira justa em prol do contribuinte. Isto é Brasil! (PRADO, 2014, s. p.).

Fato preponderante apontado pelos autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari é que:

A má gestão dos recursos é outro fator desencadeante e fomentador da crise. Durante muitos anos, o regime serviu para custear não os benefícios, nem formar o fundo de reserva que hoje estaria sustentando as políticas sociais: ao contrário, serviu para construir Brasília e outras obras públicas "faraônicas".[...] Além disso, a falta de controle efetivo sobre a concessão de benefícios acarretou os escândalos das famosas fraudes das décadas de 80 e 90, com a descoberta de verdadeiras quadrilhas de assaltantes do caixa dos fundos previdenciário, composta s por servidores do próprio órgão, advogados e magistrados (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 1132).



Sobre a efetivação dos direitos sociais Jose Ricardo Caetano Costa ressalta questões importantes a serem analisadas, no intuito de contribuir para o sistema, ao dissertar sobre o tema propõe medidas a serem tomadas pela União que, segundo ele, são de suma importância:

a)devolvesse para os cofres da seguridade social o elevado numerário que dela se apropriou para construir a transamazônica, a cidade de Brasília, a usina de ITAIPU, a ponte Rio Niterói, etc.; b)repusesse, para os cofres da seguridade social, o valor de um bilhão de cruzeiros(em moeda da época)para a montagem do Fundo Comum de Previdência (FCP), conforme previsto no parágrafo único do art.135,da lei 3.807/60; c)colocasse a disposição da seguridade social a sua parcela de, no mínimo, 20% sobre os valores recebidos pelos seus servidores, nunca repassados pelo Empregador Maior. Infelizmente, as denominadas reformas previdenciárias, desencadeadas a partir do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, em 1995, e continuada pelo Governo de Luiz Inácio Lula da Silva em 2003, não forma no sentido de efetivar os direitos sociais constantes na Carta Magna de 1988.Pelo contrário, atendem tão somente a uma imposição de ajuste fiscal junto ao Fundo Monetário Internacional (FMI) e ao Banco Mundial (COSTA, 2010, p.68-69).

João Augusto de Palma aponta para alguns objetivos que devem ser almeçados ao implantar reformas na legislação previdenciária, dentre os quais destacam-se a economia. Segundo ao autor essa economia proporcionará segurança aos aposentados e pensionistas, garantindo o pagamento dos benefícios previdenciários (PALMA, 1998, p. 30).

A legislação previdenciária é constantemente modificada. No item seguinte serão analisadas algumas mudanças e seus efeitos.

A reforma na legislação previdenciária é fundamentada através de inúmeros argumentos, dentre os quais estão presentes, desde o aspecto populacional até equívocos de esfera administrativa. Independentemente da fundamentação torna-se necessário seguir os princípios que regem o sistema previdenciários quais asseguram a manutenção do sistema e a proteção aos beneficiários.

## **2.5 AMPLIAÇÃO OU REDUÇÃO DE DIREITOS NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA - VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

Faz-se necessária a análise dos direitos sociais anteriormente previstos e seu possível retrocesso no âmbito previdenciário, além do debate sobre a ampliação ou redução desses, com base no princípio da vedação do retrocesso social.

Interessante abordagem faz Fabio Zambitte Ibrahim ao definir que a justiça social é o fim visado pelo sistema, sendo a previdência considerada o referido instrumento para alcançar tal objetivo. No entanto, segundo autor, o papel do sistema previdenciário é um tema que merece um maior desenvolvimento. Nesse sentido também ressalta a importância do trabalho



como instrumento para uma vida digna, ao estabelecer que “[...] permite que a própria pessoa, por meio de seu esforço e mérito, consiga manter a si e a sua família, sem depender do auxílio de outrem.” (IBRAHIM, 2015, s. p.).

No que se refere a vedação do retrocesso, Sergio Reis Gusmão Rocha afirma que:

No direito brasileiro, a proteção do risco morte por exemplo, um dos direitos afetados pela MP, como objeto do seguro social apareceu pela primeira vez com a Lei Eloy Chaves. E naquela ocasião rezava o Decreto nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923, que o período de carência era de apenas 6 (seis) meses. Já a Lei Orgânica da Previdência Social, tinha como período de carência 12 (doze) meses de filiação, o que foi suprimido pela Carta Constitucional de 1988, daí, elevar o período de carência para um período de 24 (vinte e quatro) meses através de uma MP, trata-se de um verdadeiro retrocesso social, e isso não pode partir do governo.[...] Ao invés de editar medida provisória tentando reformular para pior a previdência social, o governo deveria controlar, isso com a participação da sociedade, o sistema de caixa da previdência no que diz respeito a sua arrecadação e administração das verbas (ROCHA, 2015,s. p.).

Alessandra Mizuta faz interessante reflexão sobre a possibilidade de haver supressão de direitos fundamentais, ainda que momentaneamente, em decorrência da reserva do possível, além de questionar sobre a existência de direito que possibilite o retrocesso de garantias pela administração pública. A autora verifica que a viabilidade da prestação dos direitos sociais está intrinsecamente relacionada com as possibilidades do Estado. Nesse sentido a mesma afirma que afirma também que “[...] a proibição do retrocesso social possui íntima ligação com a noção de segurança jurídica” (MIZUTA, 2014, s. p.).

Acerca da jusfundamentabilidade dos direitos sociais Fabio Zambitte Ibrahim atribui a referida característica a elevação da dignidade da pessoa humana à centralidade do ordenamento. Destarte, destaca:

Não haveria como o Estado excluir-se da garantia do mínimo existencial sem atuação concreta na seara protetiva. É até difícil aceitar que ainda haja tamanha vacilação quanto a aceitação de parte dos direitos sociais como direitos fundamentais. Não há motivos para empreendermos vasta couraça do cidadão frente ao poder político e nada fazer frente ao poder econômico.

Na medida em que a dogmática dos direitos fundamentais já avança até sobre as relações privadas, devido a sua natureza também objetiva, questionar a jusfundamentabilidade de direitos sociais é insustentável. No caso particular da previdência social brasileira, não haveria muitas dúvidas sobre sua jusfundamentabilidade, no aspecto normativo, pois é expressamente prevista no art. 6º da Constituição, dentre os direitos sociais, geograficamente localizados dentro do Título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Ademais, a previdência social tem amparo nas normatizações internacionais e mesmo nos fundamentos de uma vida digna, não restando grandes dúvidas sobre a jusfundamentabilidade, mas sim sobre a extensão e





possível limitação por revisões constitucionais (IBRAHIM, 2011, p. 111-112).

Rodrigo Goldschmidt discorre sobre a possibilidade de supressão de alguns direitos fundamentais, ressaltando a ideia de que os mesmos não são absolutos, nesse sentido afirmando que:

A expressão “direito fundamental”, na primeira concepção que chega aos nos nossos sentidos, dá a ideia daquela espécie de direito que é mínimo, que é básico do ser humano, que não pode ser afetado, molestado ou reduzido, sob pena de deixar de ser “fundamental”, ou seja, de ser sólido, seguro e inabalável. Contudo, o direito fundamental, em uma análise sistemática e contextualizada, na verdade, não pode ser entendido como um direito absoluto e irrestrito, uma vez que o seu conteúdo, alcance e eficácia encontram limite em outros bens ou direitos igualmente protegidos.

Em consonância com essa realidade, o sistema jurídico estabelece restrições aos direitos fundamentais do homem, justamente como forma de garantir que tais direitos sejam reconhecidos, respeitados e cumpridos, nas múltiplas relações jurídicas que se operam na sociedade (GOLDSCHMIDT, 2011, s. p.).

Thais Maria Riedel de Rezende Zuba disserta sobre a inexistência de recursos no sistema de seguridade social, segundo a mesma, trata-se de desvios de seu custeio. Destarte, estabelece que caso houvesse um impacto orçamentário no qual fossem necessárias mudanças na legislação, gerando impacto de princípios, seria necessária uma ponderação, na qual deveria sobrepesar o direito social garantidor de uma vida digna (ZUBA, 2013, p. 134). José Ricardo Caetano Costa faz excelente análise acerca dos direitos sociais e sua aplicabilidade através da Constituição, a qual segundo ele apresenta-se “aberta”. O autor ainda disserta sobre a função de cada poder, nesse sentido, ressalta:

[...] a vitória do grupo denominado progressistas consagrou uma Constituição “aberta, em que nada está pronto, acabado; pelo contrário, as normas programáticas apontam um caminho a ser seguido, cabendo aos demais Poderes Constituídos (Legislativo e Executivo) políticas que viabilizem sua efetividade. Por outro lado, face a inércia desses Poderes, concorda-se que o Poder Judiciário deverá interferir não como se fosse um legislador positivo, mas no sentido de provocar a tomada de atitude dos outros Poderes Constituídos, de modo que assumam as funções que lhe são próprias (COSTA, 2010, p.176).

Marcos Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Paula Barcha Correia dissertam sobre os direitos sociais e sua classificação no que se refere a classificação dos mesmos como direitos fundamentais. Consequentemente, demonstram a ideia, em seu texto, que não basta mais acreditar que apenas os direitos e garantias individuais são fundamentais (CORREIA, M., CORREIA, E., 2010, p.81)



Os autores trazem uma valiosa reflexão ao analisar os referidos direitos como cláusulas pétreas ao afirmar que:

[...] hoje em dia devem ser tratados como cláusulas pétreas tanto direitos individuais como os direitos sociais. No entanto, é todo e qualquer direito individual que é cláusula pétrea? Certamente que não. Veríamos no rol do art.5º, assim como no rol dos arts. 6º e seguintes, situações que poderiam ser alteradas, porque não são o cerne do direito fundamental, não constituem o núcleo do direito fundamental (CORREIA, M.; CORREIA, E., 2010, p. 81).

O núcleo do direito fundamental apresenta-se, segundo os autores, como parâmetro no que se refere a possibilidade de restrição ou mesmo supressão de direitos fundamentais. Nesse sentido, Marcos Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Paula Barcha Correia trazem exemplos relevantes do direito previdenciário acerca do assunto.

[...] quando se passa de 36 últimos salários de contribuição para 80% do período contributivo, não há nenhum óbice que isso ocorra, já que o que é indispensável é a verificação do que é nuclear no conceito de direito fundamental social – o mesmo não poderíamos, no entanto, dizer da introdução do fator previdenciário, que apresenta um retrocesso social (CORREIA, M; CORREIA, E, 2010, p.81-82).

Com base no princípio da vedação do retrocesso e o risco social, em uma posição crítica acerca do tema no âmbito previdenciário, Thais Maria Riedel de Resende Zuba observa que:

Ocorre que a seguridade social jamais foi implementada conforme havia sido arquitetada na Constituição de 1988. Assim, algo que deveria servir de instrumento de políticas públicas e para o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, já que o direito à seguridade social se caracteriza como direito fundamental de segunda geração, ou seja, ligado às prestações que o Estado deve ao seu conjunto de integrantes, o Sistema de Seguridade Social é alvo constante de reformas restritivas de direitos (ZUBA, 2013, p.128).

Lincoln Pinheiro disserta sobre a impossibilidade do retrocesso social no que se refere aos direitos sociais assegurados por lei, já que a Constituição veda expressamente essa supressão. Dentro deste tema o autor cita o art. 7º da Constituição que estão presentes trinta e quatro incisos e ressalta entre os mesmos o inciso XXIV ao afirmar “[...] a aposentadoria, a Constituição fixou um patamar mínimo que não pode ser suprimido, mas ampliado” (PINHEIRO, 2014, s. p.).

Felipe Grangeiro de Carvalho ao dissertar sobre direitos fundamentais afirma que:

Ao estabelecer na Constituição previsão de Direitos Fundamentais, o constituinte originário impõe que sejam atendidas



todas as fases para a efetivação de tais direitos. Ademais, é necessário que haja uma certeza de que esses direitos não possam ser cerceados por ausência de amparo normativo hábil. A Carta Magna gera para o legislador o dever de promulgar leis que assegurem a concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, bem como estatui que as leis responsáveis por esta função não sejam revogadas, sem que haja uma norma substitutiva. É intolerável também a restrição arbitrária ou desproporcional da base normativa infraconstitucional de um direito social. No instante em que um direito social é concretizado, este adquire o *status* de direito de defesa, assim sendo, o Estado deve agir visando ao desenvolvimento ou a conservação dos níveis gerais de tutela social auferidos anteriormente. Cumpre ressaltar que os Direitos Fundamentais estão consubstanciados nas cláusulas pétreas, sendo vedada, portanto, a sua supressão, bem como uma inadequada restrição de seus efeitos (CARVALHO,2013, s. p.).

Fabio Zambitte Ibrahim disserta sobre a ideia de que os direitos sociais estão assegurados na Constituição Federal e que por isso tem eficácia normativa e efeito irradiante sobre todo ordenamento. No entanto, afirma que os direitos sociais impõem sua afirmação, pois não raramente têm sua normatividade afastada, por fundamentos engenhosamente apresentados. (IBRAHIM, 2011, p.27).

Goldschmidt ressalta em seu artigo o limite das restrições dos direitos fundamentais, já que tais direitos não devem estar “despidos de eficácia” em face da arbitrariedade do agente limitador, sendo assim afirma que:

Cientes de que os direitos fundamentais representam conquistas históricas do homem, consagradas na Constituição Federal, por isso mesmo, como “cláusulas pétreas”, vários autores veem com preocupação o problema das restrições desses direitos. A aflição reside não na necessidade, em si, de estabelecerem-se restrições aos direitos fundamentais, mas no controle objetivo dessas restrições. Em outras palavras, o legislador e o intérprete não podem ter poder absoluto e irrestrito no que tange à limitação dos direitos fundamentais, posto que, no caso, tais direitos poderiam restar “esvaziados” ou “despidos de eficácia” em face da subjetividade ou da arbitrariedade do agente limitador. Nesse sentido, o problema está em estabelecer-se um procedimento que proporcione meios de controlar a atividade limitadora dos direitos fundamentais, ou seja, estabelecer limites aos limites dos direitos fundamentais. Atentas a essa preocupação, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram dois princípios jurídicos que fundamentam e proporcionam meios para atingir esse objetivo. São eles: o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição do retrocesso social (GOLDSCHMIDT,2011).

Casseb em seu artigo ressalta que o princípio de vedação ao retrocesso social é a proteção dos direitos fundamentais em face de medidas tomadas pelo setor público, ou seja, é a impossibilidade de reverter benefícios sociais já concedidos, tratando-se de um direito constitucional de resistência (CASSEB, 2015, s. p.).



Diante dessa análise Goldschmid afirma que a lei que revogasse direitos como a aposentadoria especial para aqueles que exercem atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física e, também, aposentadoria à mulher em idade inferior à do homem, seria inconstitucional por ofensa ao princípio constitucional da vedação do retrocesso social (GOLDSCHMIDT, 2011, s. p.).

Maria Vitória Queija Alvar define o princípio do não retrocesso social da seguinte forma:

O princípio do não retrocesso social ou aplicação progressiva dos direitos sociais caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, ou que tenham sido positivados em normas infraconstitucionais, garantindo ao cidadão o acúmulo, proteção e perenidade de seu patrimônio jurídico e o avanço na concretude fática do conceito de cidadania (ALVAR, 2013, p. 232).

Verifica-se que o princípio da vedação do retrocesso social tem elevada importância no que se refere aos direitos sociais já estabelecidos e que esse impede a supressão de direitos já constituídos. Diante disso, é de suma importância o papel do Poder Judiciário nesse sentido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo o estudo e reflexão sobre os reais motivos das reformas na legislação previdenciária, bem como o estudo sobre a ampliação ou redução de direitos a partir das frequentes mudanças das normas. Nesse sentido, buscou investigar quais os motivos apontados para que haja frequentes modificações no texto da lei.

Inicialmente, no que tange motivos apontados para que haja mudanças na legislação previdenciária, inúmeros assuntos foram abordados, dentre eles o aspecto demográfico, amplamente debatido pelos autores Suzane Andrade Ferraro e Fábio Zambitte Ibrahim os quais destacam o envelhecimento populacional como sendo fator determinante nas mudanças da norma, além desse, a mudança no mercado de trabalho com o aumento de número de beneficiários e o desequilíbrio fiscal também são apontados como motivos para reformas na legislação.

No entanto, vários autores alegam falsidade no que se refere ao déficit previdenciário, já que ocorrem inúmeras medidas que desviam recursos da seguridade social para finalidades distintas das áreas da Seguridade (saúde, previdência e assistência social).

Quanto a análise da ampliação ou redução de direitos, foi abordado o princípio da vedação do retrocesso social, em que foi debatida a possibilidade de supressão de direitos e a fundamentação jurídica para tal. Além da ligação entre a proibição do retrocesso social e a noção de segurança jurídica.

Outro ponto abordado foi que os direitos sociais já previstos no ordenamento jurídico são absolutos, sendo assim não poderiam ser



suprimidos, pois configurariam afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social. A Constituição Federal exerce papel fundamental na garantia dos referidos direitos, exercendo eficácia normativa e produzindo efeito radiante sobre todas as normas.

A presente pesquisa deixa clara a impossibilidade de suprimir benefícios que já foram concedidos, já que o princípio da vedação do retrocesso social serve de proteção dos direitos já previstos em face de medidas tomadas pelo Estado.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Rafael Perales. **Objetivos e Princípios da Seguridade Social** JUS NAVEGANDI. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34916/objetivos-e-principios-da-seguridade-social>>. Acesso em: dez. 2014.

ALVAR, Maria Vitoria Queija. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e o princípio do não retrocesso social no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9212](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9212)>. Acesso em: nov. 2015.

BASTOS, Lucilia Isabel Candini. Alguns princípios norteadores da seguridade social e a jurisprudência do STJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2718, 10 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18003>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

BEIRÃO, Gustavo. **Como fica a legislação previdenciária após a Lei 13.183, de 4 de novembro de 2015**. Disponível em: <http://gustavoba.jusbrasil.com.br/artigos/252234057/como-fica-a-legislacao-previdenciaria-apos-a-lei-13183-de-4-de-novembro-de-2015>. Acesso em: nov. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNCA, Benedito. **Benefícios: Novas regras de concessão de benefícios previdenciários foram apresentadas ao CNPS**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2015/06/beneficios-novas-regras-de-concessao-de-beneficios-previdenciarios-foram-apresentadas-ao-cnps>>. Acesso em: 07 set. 2015.

CARDOSO, Oscar Valente. Previdência Complementar dos servidores públicos e futuro da Previdência Social. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3173, 9 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21259>>. Acesso em: 18 jun. 2015.



CARVALHO, Felipe Grangeiro de. **Os direitos fundamentais à luz do princípio da proibição do retrocesso social e da cláusula de reserva do possível.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-direitos-fundamentais-A-luz-do-principio-ADpio-da-proibicao-do-retrocesso-social-e-da-clausula>>. Acesso em: out. 2015.

CASSEB, Marcelo. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>. Acesso em: out. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Sérgio Marques. Mudanças na Previdência violam uma série de princípios da Constituição. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-04/sergio-marques-castro-mudancas-previdencia-sao-inconstitucionais>>. Acesso em: 29 maio 2015.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social.** São Paulo: Saraiva, 2009.

OSTA, Jose Ricardo Caetano. PREVIDÊNCIA. **Os Direitos Sociais Previdenciários no Cenário Neoliberal.** Curitiba: Juruá, 2010.

FERRARO, Suzane Andrade. **O Equilíbrio Financeiro e Atuarial nos Regimes de Previdência Social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FILIPPO, Filipe de. **Os princípios e objetivos da Seguridade Social, à luz da Constituição Federal.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 43, jul 2007. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2012](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2012)>. Acesso em: ago. 2015.

FOLLADOR, Renato. **Previdência um dia Você vai precisar dela.** Curitiba: Juruá, 2008.

FREITAS, Danielli Xavier. Dizer o Direito: **Breves comentários às alterações promovidas pela Lei 13.135/2015.** Disponível em <<http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/noticias/200337763/dizer-o-direito-breves-comentarios-as-alteracoes-promovidas-pela-lei-13135-2015>>. Acesso em: 05 set. 2015.

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. **Confirme as Mudanças na Pensão por Morte** Disponível em:



<<http://blogs.tribuna.com.br/direitoprevidenciario/2016/01/confirmar-mudancas-na-pensao-por-morte>>. Acesso em: jan 2016.

GOES, Hugo Medeiros. **Manual de Direito Previdenciário**: Teoria das questões. 10º Ed.. Rio de Janeiro: Editora FERREIRA, 2015.

GOLDSCHIMDT, Rodrigo. **Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua Função Protetora dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/906>>. Acesso em: out. 2015.

HORVATH Jr, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **A Previdência Social no Estado Contemporâneo**. Niterói RJ: Impetus, 2014.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19ª Ed. Niterói RJ: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. PEC da bengala fluminense é flagrantemente inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-01/fabio-ibrahim-pec-bengala-fluminense-inconstitucional>>. Acesso em: 02 de junho 2015.

JUSBRASIL. José Luiz da Silva Pinto. **Como fica a pensão por morte após a Lei Nº13.135/2015?**. Disponível em : <<http://joseluizsp.jusbrasil.com.br/artigos/202398171/como-fica-a-pensao-por-morte-apos-a-lei-n-13135-2015>>. Acesso em: nov. 2015.

MAIA, Priscila Peixinho. **O que é a fórmula 95-85?**. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45559/o-que-e-a-formula-95-85>. Acesso em: jan. 2016.

MEDINA, Damares. Os princípios constitucionais da Previdência Social. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29170>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

MIZUTA, Alessandra. O Princípio da Proibição do Retrocesso – Uma Análise sob a Perspectiva do Supremo Tribunal. **Páginas de Direito**. Disponível em: <[www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6428-o-principio-da-proibicao-do-retrocesso-uma-analise-sob-a-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal](http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6428-o-principio-da-proibicao-do-retrocesso-uma-analise-sob-a-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal)>. Acesso em: out 2015.

NETO, Armando de Queiroz Monteiro. A Reforma da Previdência como Instrumento de Desenvolvimento Econômico. In: MORHY, Lauro. et.al.[Orgs]. **Reforma da Previdência em Questão**. Brasília: UnB, 2003.



PALMA, João Augusto da. **Trabalho e previdência: o que já mudou.** São Paulo: LTr, 1998.

PAVIONE, Lucas dos Santos. 2012. Princípios da previdência social. Jusbrasil. Disponível em: <http://lucaspavione.jusbrasil.com.br/artigos/121936126/principios-da-previdencia-social> >. Acesso em: ago. 2015.

PINHEIRO, Lincoln. **Direito Previdenciário e Retrocesso Social.** AJUFEMG. Disponível em: <http://www.ajufemg.org.br/artigos/49-dr-lincoln-pinheiro-costa/68-direito-previdenciario-e-retrocesso-social>>. Acesso em: out. 2015.

PRADO, Bruno Henrique do. Seguridade Social, um sistema deficitário. Será? . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4090, 12 set. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31594>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

ROCHA, Sérgio Reis Gusmão. MP 664 e vedação do retrocesso dos direitos sociais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4234, 3 fev. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/36055>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

SANTOS, Luis Alberto. **Inconsistência da EC 88 causará grandes dificuldades interpretativas.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-11/luiz-alberto-inconsistencias-dificultam-interpretacao-ec-88>. Acesso em: nov. 2015.

SANTOS, Roberto de Carvalho. MP 664: pensão por morte, carência e a falta da regra de transição. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4230, 30 jan. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/35906>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

SILVA, Marcelo Augusto F.da; SILVA, Augusto César Pereira da. Mudanças na pensão por morte: inconstitucionalidade. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/35760>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

SOARES, Jair. Previdência Social - A Reforma Necessária. In: MORHY, Lauro. et.al.[Orgs]. **Reforma da Previdência em Questão.** Brasília: UnB, 2003.

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. **Princípios da seguridade social.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11219&revista\\_caderno=20](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11219&revista_caderno=20)>. Acesso em: ago. 2015.

ZUBA, Thais Maria Riedal de Resende. **O Direito Previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso.** São Paulo: LTR, 2013.





## A HIBRIDAÇÃO INTERCULTURAL DE NÉSTOR GARCIA CANCLINI

*Francis Rafael Mousquer<sup>1</sup>*

### RESUMO

Este ensaio pretende delinear o pensamento e as temáticas desenvolvidas por Néstor Garcia Canclini acerca da hibridação intercultural presente no desenvolvimento da sociedade latino-americana moderna. Para isso, faz-se indispensável estabelecer a conexão cultural existente entre os diferentes povos que formaram o continente austral e suas heranças perante os influxos do processo civilizatório moderno. Assim, analisar-se-ão as obras do autor e suas diferentes influências epistemológicas, centradas em sua maioria nos processos de hibridação, os quais ressaltam a importância dos agentes sociais e sua contínua mutação diante da produção cultural. Inaugura-se uma entropia convergente do que pode ser considerado culto, popular e massivo, delineando em sua abordagem o que é tradicional e o que é moderno. Por conseguinte, é imperioso a formação de um espaço integrador, que represente através do diálogo uma nova forma de democracia, alicerçada na diversidade e na busca de mecanismos capazes de legitimar a emancipação cultural dos povos latino-americanos.

**Palavras Chave:** Hibridação. Interculturalidade. América Latina.

### RESUMEN

En este ensayo se pretende esbozar el pensamiento y los temas desarrollados por Néstor García Canclini sobre la hibridación intercultural presente en el desarrollo de la sociedad moderna de América Latina. Para ello, es esencial para establecer la conexión cultural existente entre los diferentes pueblos que formaron el sur del continente y su patrimonio ante los influjos de la civilización moderna. Así, se analizarán las obras del autor y sus diferentes influencias epistemológicas, centradas sobre todo en los procesos de hibridación, que hacen hincapié en la importancia de los agentes sociales y su rostro siempre cambiante de la producción cultural. Inaugurado una entropía convergente que puede ser considerado de culto, popular y masiva, destacando su enfoque en lo que es tradicional y lo moderno. Por lo tanto, es imprescindible la formación de un espacio inclusivo, que representa a través del diálogo una nueva forma de democracia, basado en mecanismos de diversidad y de búsqueda de legitimar la emancipación cultural de los pueblos latinoamericanos.

**Palabras Clave:** Hibridación. Interculturalidad. América Latina.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos pela URI, Campus Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito pelo IDC e ANHANGUERA - UNIDERP, RS. Advogado.



## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como escopo apresentar as ideias de Néstor Canclini acerca do hibridismo cultural e suas relações interculturais, como forma de dialogar e interagir com as diversas culturas e romper com etnocentrismo hegemônico<sup>2</sup>. Para tal intento, faz-se necessário verificar a relação existente entre o tradicional e o moderno na formação do corpo social latino-americano. Parte-se do multiculturalismo (desestruturação) para a interculturalidade (interação), culminando na hibridação (integração) de Canclini. Dessa forma, torna-se imperioso traçar elementos que conectem os diferentes fenômenos com aptidão para explicar o atual momento e as questões de gênero, identidade e cultura que preocupam as sociedades modernas. Historicamente, a formação da América Latina foi constituída com uma base multicultural muito forte, na qual as questões multiculturais possuíam especificidades próprias, principalmente no tocante aos indígenas e aos afro-descendentes, povos originários que foram marcados pela escravização e pela contínua negação do seu reconhecimento, gerando uma massa de excluídos<sup>3</sup>.

Assim, a construção social latino-americana coloca-se diante de questões históricas, mas que por outro lado, souberam resistir e hoje continuam tentando afirmar de forma peremptória suas raízes na nossa sociedade. Infelizmente esta afirmação está contida num cenário de dependência e de vinculação dissonante do poder, sendo marcada pela continuidade dos procedimentos excludentes que permeiam as minorias étnicas<sup>4</sup>. O multiculturalismo<sup>5</sup> surge como uma necessidade e até mesmo uma exigência de reconhecimento por parte de grupos minoritários e suas identidades. Propõe a convivência na mesma sociedade de diferentes culturas, conduzidas pelo respeito às diferenças e amparadas pelo princípio da tolerância.

---

2 O etnocentrismo pode ser entendido como uma visão de mundo onde determinado grupo é considerado como elemento central, o qual é identificado por sua particularidade cultural, construindo uma imagem do universo que favorece somente aquele grupo. Nesse sentido, consultar: ROCHA, Everardo. O que é etnocentrismo. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

3 Acerca da escravidão e da exclusão na sociedade brasileira, ver: RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; e ainda, FERNANDES, Florestan. A Integração do Negro na Sociedade de Classes. SP: Dominus, EDUSP, 1965.

4 Nas sociedades capitalistas globalizadas o fenômeno sociológico da exclusão não tem fronteiras, é um fenômeno global que afeta diversas minorias étnicas, sexuais e sociais. No entanto, a exclusão é mais visível nos países pobres e em desenvolvimento. Nessa direção o entendimento de: BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne. Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina. Tradução de Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

5 Para um aprofundamento acerca do multiculturalismo e suas diferentes vertentes, consultar as obras: TAYLOR, Charles. Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998; MACLAREN, Peter. Multiculturalismo crítico. Tradução Bebel Orofino Schaefer. São Paulo: Cortez, 1997; TORRES, Carlos Alberto. Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Petrópolis: Vozes, 2001.



A interculturalidade<sup>6</sup> por sua vez, indica um conjunto de propostas de convivência democrática entre diferentes culturas, agregando-as sem anular sua diversidade. Implica como fundamental a interação entre essas culturas, apontando para um programa político capaz de desenvolver um diálogo como forma de garantir um relacionamento igualitário entre os povos. Origina-se a partir de então, a hibridação inaugurada pelo autor, a qual é entendida como uma fusão, uma elucidação entre mestiçagem e sincretismo com a finalidade de sinalar misturas particulares e processos socioculturais capazes de produzir novas estruturas, objetos e práticas. Desse modo, faz-se necessário o desenvolvimento de políticas de hibridação com o propósito de trabalhar com as divergências de forma democrática; pois como assinala Canclini: “a hibridação, como processo de interseção e transações, é o que torna possível que a multiculturalidade evite o que tem de segregação e se converta em interculturalidade”. (2003, p. XXVI).

Logo, é de substancial importância verificar a possibilidade de construções democráticas por meio de um processo de hibridação intercultural, tornando possível a concretização de uma interculturalidade latina, baseada na relação entre a tradição dos povos originários e o multiculturalismo imposto pela modernidade através do pluralismo cultural e da mestiçagem das nações.

## 2 BIOGRAFIA DO AUTOR

Néstor García Canclini é um filósofo que estuda a linha antropológica latino-americana na contemporaneidade. É um dos intelectuais latino-americanos mais importantes e polivalentes da atualidade. Nasceu na cidade de La Plata (Argentina) no ano de 1939, tendo estudado Filosofia e concluindo seu doutorado em 1975 na Universidade Nacional da Prata. Em 1978 graduou-se doutor pela Universidade de Paris - X (Nanterre). Entre 1966 e 1975 lecionou nas Universidades do Prata e de Buenos Aires. Desde 1990 ele é professor da Universidade Autônoma Metropolitana do México e Pesquisador Emérito do Sistema Nacional de Pesquisadores do México. Possui uma relação bastante estreita com o país (sendo considerado mexicano também), onde leciona até os dias de hoje. Foi professor visitante em diversas universidades mundo afora, entre elas destacam-se: São Paulo, Barcelona, Buenos Aires, Austin, Duke e Stanford.

O centro de seu trabalho pauta-se na pós-modernidade e seus influxos culturais, bem como suas mudanças a partir do ponto de vista latino-americano, sendo considerado um dos maiores investigadores em comunicação, cultura e sociologia do continente. Sua obra é bastante variada e inclui temas como a hibridização e multiculturalismo, cultura e imaginário urbano, arte e estética, estudos culturais e políticos, entre outros. Entre as

---

6 A interculturalidade indica um conjunto de propostas de convivência democrática entre diferentes culturas, agregando-as sem anular sua diversidade. Implica como fundamental a interação entre essas culturas, apontando para um programa político capaz de desenvolver um diálogo como forma de garantir uma comunhão pacífica entre os povos.



diversas obras do autor, podemos ressaltar em especial *Culturas Híbridas: Estratégias para Entrar e Sair da Modernidade* (1990), a qual recebeu o prêmio Book Award, por ter sido considerada o melhor livro do ano de 2002 sobre a América Latina. Destacam-se também: *As Culturas Populares no Capitalismo* (1983), *Consumidores e cidadãos* (1995), *Imaginarios urbanos* (1997), *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo* (2002) – vencedora do prêmio Anual e Ensaio Literário Hispano-americano Lya Kostakowsky da Fundação Cardoza y Aragón -, *A globalização imaginada* (2003), *Leitores, espectadores e internautas* (2008). No momento, Canclini tem constituído seus estudos nas estratégias criativas e redes culturais, bem como nas relações existentes entre estética, arte e antropologia.

### 3 A HIBRIDAÇÃO INTERCULTURAL

Na obra *Culturas Híbridas*, em um primeiro momento, Canclini (2003) trabalha desprovido da linearidade literária que é peculiar a um trabalho de pesquisa científica. Porém, trata-se de um evento criado propositalmente com o fito de conferir verossimilhança ao título impingido à obra. Situa-se sob o formato de ensaio científico, pois não se desenvolve pautado em início-meio-fim, possuindo certa maleabilidade e tornando possível sua exploração em várias direções. O autor confere ao público a possibilidade de utilizar-se do texto como se estivesse percorrendo uma cidade, na qual se poderia entrar por um dos três caminhos: do culto, do popular ou do massivo<sup>7</sup>. Uma vez inserido, tudo se mistura, “cada capítulo remete aos outros, e então já não importa saber por qual acesso se entrou”. (CANCLINI, 2003, p. 20). O autor apresenta em sua idéia principal um modelo chamado de “processos de hibridação”, através do qual evidencia os agentes sociais e a cultura situados em um desenvolvimento em constante transformação<sup>8</sup>. Os agentes sociais são aqueles que constroem as novas formas e igualmente mantém as antigas, o nativo, o imigrante, o turista. Já a produção cultural concentra-se no que pode ser considerado *culto*, *popular* e *massivo*, abordando múltiplos espaços artísticos, tais como: literatura, arte, música, mídia, política, traçando relações em sua abordagem do que é *tradicional* e do que é *moderno*, conferindo a ideia de que

---

7 Para Canclini (2003), é necessário romper com as divisões que separam o culto, o popular e o massivo, desmantelando assim os muros que separam as ciências e que se dispõem a compreendê-las. Para o autor, a história da arte e da literatura condizem com o *culto*; o folclore e a antropologia são consagrados pelo *popular*; e os trabalhos sobre comunicação seriam especializados pela cultura *massiva*. Logo, somente uma ciência itinerante teria a capacidade de verificar as diferentes camadas do mundo da cultura e sua hibridização.

8 Existem muitas críticas no sentido de evitar-se a uniformização cultural, Peter Burke adverte que a hibridização, característica de nossa época, incluiria a perda das tradições regionais e de raízes locais. Nesse cenário, a mistura de todas as culturas em um caldeirão global seria um estágio para a uniformização das culturas. Nesse sentido, ver: BURKE, Peter. *Hibridismo cultural*. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2003.



[...] os migrantes camponeses que adaptam seus saberes para trabalhar e consumir na cidade ou que vinculam seu artesanato a usos modernos para interessar compradores urbanos; os operários que reformulam sua cultura de trabalho ante as novas tecnologias produtivas; os movimentos indígenas que reinserem suas demandas na política transnacional ou em um discurso ecológico e aprendem a comunicá-las por rádio, televisão e internet. Por essas razões, sustento que o objeto de estudo não é a hibridez, mas sim, os processos de hibridação. A análise empírica desses processos, articulados com estratégias de reconversão, demonstra que a hibridação interessa tanto a setores hegemônicos como aos populares que querem apropriar-se dos benefícios da modernidade. (CANCLINI, 2003, p. 22).

O texto trabalha com a concepção de que a formação da América Latina se deu através de um longo processo de desenvolvimento de *culturas híbridas*, no qual a modernidade<sup>9</sup> é sinônimo de pluralidade de relações multidisciplinares – artes e literatura; folclore e antropologia; comunicação e mídia -, tendo início os cruzamentos entre as “tradições cultas e populares.” Aduz a necessidade de rompimento com a divisão estática entre o culto, o popular e o massivo, assim como a antinomia existente entre tradicional e moderno, para que se possa

[...] averiguar se sua hibridação pode ser lida com as ferramentas das disciplinas que o estudam separadamente: a história da arte e a literatura que se ocupam do culto; o folclore e a antropologia, consagrados ao popular; os trabalhos sobre comunicação, especializados em cultura massiva. Precisamos de ciências sociais nômades, capazes de circular pelas escadas que ligam esses pavimentos [...] que redesenhem esses planos e comuniquem os níveis horizontalmente. (CANCLINI, 2003, p. 19).

Uma espécie de trabalho conjunto entre as disciplinas operaria como uma tentativa de substituição ou renovação da maneira de conceber a modernização latino-americana, rompendo com as forças dominadoras e sugerindo um “olhar transdisciplinar sobre os circuitos híbridos”. Leva-nos a refletir criticamente sobre a necessidade de validar a heterogeneidade dos sistemas, dos intercâmbios e das mesclas de culturas ou entre formas culturais. O fracionamento das identidades, assim como da sociedade, auxiliou na composição das culturas híbridas. As novas formas de cultura misturam

---

9 A complexa sociedade contemporânea costuma, com controvérsias, ser definida como de modernidade tardia ou reflexiva, hipermoderna ou líquida, sociedade da informação ou transparente. Nesse sentido, consultar o pensamento de: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006; ainda, LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004; e, BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*. Tradução de Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007; ainda, CASTELLS, Manuel. *Tecnología da informação e capitalismo global*. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). *No limite da racionalidade: convivendo com o capitalismo global*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Record, 2004.



elementos populares, cultos e massivos. O autor elege algumas perspectivas político-culturais que representam a sociedade fragmentada e concorrem na constituição das culturas híbridas: a teleparticipação, o descolecionamento e a desterritorialização. Nessa toada, a expansão urbana e as migrações foram sem dúvida processos/causas que impulsionaram a hibridação cultural<sup>10</sup>. García Canclini contempla questões relacionadas às mudanças sociais trazidas pela modernidade, levando-se em conta toda a complexidade identitária e cultural – inserida pela mestiçagem e pelo sincretismo; artesanal e industrial – por meio das novas formas de produção e apropriação. Tais fenômenos vivenciados pelos indivíduos na sociedade contemporânea trouxeram implicações e severas transformações nas relações da atualidade.

A explicação de por que coexistem culturas étnicas e novas tecnologias, formas de produção artesanal e industrial, pode iluminar processos políticos; por exemplo: as razões pelas quais tanto as camadas populares quanto as elites combinam a democracia moderna com relações arcaicas de poder. Encontramos no estudo da heterogeneidade cultural uma das vias para explicar os poderes oblíquos que misturam instituições liberais e hábitos autoritários, movimentos sociais democráticos e regimes paternalistas, e as transações de uns com outros. (CANCLINI, 2003, p. 19).

Atualmente existe uma perspectiva mais intrincada sobre o relacionamento entre tradição e modernidade, pois “a modernização diminui o papel do culto e do popular tradicionais no conjunto do mercado simbólico, mas não os suprime.” (CANCLINI, 2003, p. 22). O equívoco dos ditos tradicionalistas e modernizadores foi à tentativa de edificar “objetos puros”, aqueles planejaram “culturas nacionais e populares autênticas” preservando-as da massificação urbana, da industrialização e das influências estrangeiras. Já os modernizadores depositaram “na experimentação e na inovação autônomas suas fantasias de progresso”, engendrando a arte pela arte e o saber pelo saber, desprovidos de marcos geográficos. (CANCLINI, 2003, p. 21).

Nesse contexto, é necessário traçar um paralelo entre os períodos nos quais se situa a América latina. Modernidade e pós-modernidade<sup>11</sup> são épocas que não raramente se confundem entre conquistas e transformações culturais e sociais, uma vez que a ausência de estudos práticos principalmente acerca do lugar da cultura nesse período chamado de pós-modernidade nos leva a “construir categorias ideais sem comprovação factual.” (CANCLINI, 2003, p. 24). Enquanto em alguns setores culturais as tendências pós-modernas são predominantes em diversos países, na América latina consolidam-se diretrizes modernizadoras na economia e na política. As novas formas de regulação e de

10 Para Manuel Castells o crescimento das cidades tornou visível as diferentes dimensões da transformação social, simplificando a atribuição das responsabilidades pelos processos excludentes ao progresso das cidades. Atribuiu-se as megalópoles a geração do anonimato, imaginando-se que os bairros produzem solidariedade e os subúrbios crimes. Nesse sentido, consultar: CASTELLS, Manuel. *La Cuestión Urbana*. 2.ed., México: Siglo XXI, 1973.

11 O sentido de pós-modernidade é dado por: LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.



reorganização no continente trataram como prioridade as inovações tecnológicas com a finalidade de modernizar a economia e romper com os fantasmas do passado. O que de certa maneira é tratada com ironia, afinal

para que vamos ficar nos preocupando com a pós-modernidade se, no nosso continente, os avanços modernos não chegaram de todo nem a todos? Não tivemos uma industrialização sólida [...] nem uma organização sociopolítica baseada na racionalidade formal e material [...] Nem o progressismo evolucionista, nem o racionalismo democrático foram, entre nós, causas populares. . (CANCLINI, 2003, p. 24/25).

É inegável a demanda por políticas de coesão social<sup>12</sup> e cultural modernas, capazes de tornar nossas sociedades governáveis, haja vista que “os caudilhos continuam guiando as decisões políticas com base em alianças informais e relações rústicas de força”, prossegue o autor no sentido de que as manobras operadas pelo “caciquismo, a religiosidade e a manipulação comunicacional conduzem o pensamento das massas.” (CANCLINI, 2003, p. 25). Os sistemas de governo liberais apenas fizeram de conta que construíam Estados, quando na verdade apenas organizaram alguns setores da sociedade a fim de promover um desenvolvimento submisso e incoerente. Não formaram uma cultura nacional, tentaram catalisar os movimentos culturais na direção das elites, excluindo os principais formadores-fabricantes da verdadeira nacional cultura; os indígenas, artesãos e camponeses.

As elites cultivam a poesia e a arte de vanguarda enquanto as maiores são analfabetas. A modernidade é vista então como uma máscara. Um simulacro urdido pelas elites e pelos aparelhos estatais, sobretudo os que se ocupam da arte e da cultura, mas que por isso mesmo os torna irrepresentativos e inverossímeis. [...] Os populismos fizeram de conta que incorporavam esses setores excluídos, mas sua política igualitária na economia e na cultura, sem mudanças estruturais, foi revertida em poucos anos ou se diluiu em clientelismos demagógicos. (CANCLINI, 2003, p. 25).

Este movimento excludente e direcional coadunava-se com as mudanças ocorridas a partir da década de 80 na latino-américa. O autor pretende revisar a teoria da modernidade sob a ótica da hibridização; principalmente no tocante as modernizações pretendidas nos campos político e econômico e seus possíveis reflexos nas metamorfoses culturais, populares e midiáticas. As mudanças ocorridas são fruto de uma nova condição na qual se insere o continente, uma tendência mundial de aproximar-se da

---

<sup>12</sup> Nancy Fraser desenvolve uma política voltada à emancipação, capaz de atuar como facilitadora das transformações sociais, dividindo a injustiça em duas áreas: redistribuição e reconhecimento. Nessa direção, ver: FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. Tradução Júlio Assis Simões. In: Cadernos de campo, n. 14/15, p. 1-382. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006; FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. (orgs.). ¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico. Madrid: Ediciones Morata, 2003.



globalização<sup>13</sup>. O rompimento com a secularização e com o evolucionismo deu lugar a novas práticas de organização coletiva articuladas e mais complexas, aliadas de uma racionalidade científica e tecnológica, mas ao mesmo tempo tradicional e moderna. Nossa heterogeneidade conflui com as múltiplas existências – diversas e desiguais, num território onde cada política de desenvolvimento relaciona-se com seus interesses e conveniências. (CANCLINI, 2003, p. 28).

Nessa linha, concebemos a pós-modernidade não como uma etapa ou tendência que substituiria o mundo moderno, mas como uma maneira se problematizar os vínculos e equívocos que ele armou com as tradições que quis excluir ou superar para constituir-se. A relativização pós-moderna de todo o fundamentalismo ou evolucionismo facilita revisar a separação entre o culto, o popular e o massivo, sobre a qual ainda simula assentar-se a modernidade, elaborar um pensamento mais aberto para abarcar as interações e integrações entre os níveis, gêneros e formas de sensibilidade coletiva. (CANCLINI, 2003, p. 28).

A separação entre as formas de produção cultural, ou sua necessidade, é vista pelo autor como uma forma de exclusão. O popular, por exemplo, é observado como o excluído, “aqueles que não têm patrimônio ou não conseguem que ele seja reconhecido e conservado, costuma ser associado ao pré-moderno e ao subsidiário”. (CANCLINI, 2003, p. 205). Na cadeia consumidora, estaria no final do processo, obrigando a reproduzir o ciclo do capital e dos processos dominantes<sup>14</sup>.

#### **4 POPULAR, CULTO E MASSIVO:**

O popular se apresenta de certa forma em oposição ao culto, que por sua vez está ligado aos setores hegemônicos, ao passo que o popular ao subalterno. A modernidade é produzida pelas áreas dominantes legando ao popular e as tradições um trágico final. Segundo Canclini (2003), a antinomia existente entre o tradicional e o moderno; o popular e o culto; o subalterno e o hegemônico; para a corrente modernizadora fundamenta-se pelo desenvolvimento de seus ideais transformadores. Já a condição subalterna dos movimentos populares na América Latina sustentar-se-ia pelos atrasos a que

---

13 Acerca da influência da globalização frente ao Estado de bem-estar, consultar: HINKELAMMERT, Franz. La transformación del Estado de derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización. In: VÁSQUEZ, Guillermo Hoyos (Comp.). Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

14 A exclusão nas sociedades periféricas, entendida como a limitação do grau de liberdade das relações, é um fenômeno multidimensional e cumulativo que produz efeitos contínuos frente à conjuntura social. Nessa direção, Canclini (2003) observa que o popular é visto como desprivilegiado, como produto da reprodução desigual da sociedade, gerando uma apropriação desigual dos bens econômicos e culturais por parte de diferentes classes e grupos.





estão submetidos<sup>15</sup>. O que de fato está ocorrendo é a modernização das culturas populares, o que para os modernizadores confirma a tese de que o tradicional está fadado a acabar. Para os populares é um indício de que a primazia dos dominantes impede-os de ser quem realmente são.

Tais paralelos comparativos foram desenvolvidos no texto a partir de uma polarização dos campos e a inevitável dependência com relação ao mercado e às indústrias culturais. A arte e o artesanato, o artista e o artesão, são parâmetros de um desenvolvimento autônomo dos campos artísticos e científicos como chave da estrutura contemporânea, “a arte corresponderia aos interesses e gostos da burguesia e de setores cultivados da pequena burguesia [...] o artesanato é visto como produto de índios e camponeses, de acordo com sua rusticidade, com os mitos que aparecem em sua decoração”. (CANCLINI, 2003, p. 242/243).

Sem embargo, ambas se fundem e interagem numa nova forma de expressão cultural, assim como na música, na literatura, nas formas de transmissão do saber e até mesmo através das criativas formas de enfrentar as desigualdades. O autor refere uma passagem pela cidade de Teotitlán del Valle, onde indagou um tecelão sobre as imagens de artistas em suas tapeçarias, disse-lhe o artesão/artista que foi influenciado por turistas que trabalhavam em um famoso museu americano, tendo até mesmo exposto seu trabalho na Califórnia:

Em meia hora, vi aquele homem mover-se com fluência do zapoteco ao espanhol e ao inglês, da arte ao artesanato, de sua etnia à informação e aos entretenimentos da cultura massiva, passando pela crítica de arte de uma metrópole. Compreendi que minha preocupação com a perda de suas tradições não era compartilhada por esse homem que se movia sem muitos conflitos entre três sistemas culturais. (CANCLINI, 2003, p. 242).

Observa-se aqui o eixo principal da hibridização construída pelo autor: a ausência de conflitos por parte do tecelão. Neste ponto reside o salto quântico de sua argumentação, pois se percebe nesse contexto que os processos híbridos são uma espécie de interculturalidade. Leva-nos a contemplar de maneira crítica sobre a necessidade de legitimar a heterogeneidade e resgatar valores mais humanos a fim de compreendermos com maior propriedade os problemas sociais contemporâneos e pensarmos sobre possibilidades de atuação, no sentido de construir-se uma sociedade mais cidadã<sup>16</sup>.

---

15 O caráter político e contra hegemônico dos movimentos subalternos na América do Sul podem ser identificados em: SADER, Emir. Crise hegemônica na América Latina. Revista em Pauta, n. 19, p. 15-26. Faculdade de Serviço Social do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

16 O compromisso com a construção de uma cidadania igualitária envolve a atribuição de iguais direitos a todos, só admitindo a alteração desse esquema se a distribuição desigual de direitos vier a beneficiar os mais desfavorecidos. O reconhecimento igualitário demanda o reconhecimento de necessidades particulares de indivíduos ou grupos enquanto membros de culturas subjugadas. Nessa direção, ver: CITTADINO, Gisele. “Invisibilidade”, Estado de Direito e Política de Reconhecimento. In, MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos;



A cultura massiva por sua vez, invade e rivaliza cada vez mais com a cultura popular (folclore) de nossas sociedades, exportando seus clichês e produções enlatadas produzidas pelas grandes companhias. O entretenimento e sua indústria trataram de difundir valores hegemônicos pelo território dos países ibero-americanos, inundando a cultura nacional-popular com produções criadas “para deslumbrar, ou simplesmente remoçar as telas a cada semana, para esconjurar seu medo de que o público não saia de casa, como nas décadas anteriores, recorre ao método de assombrar sem exibir certezas atuais, assustar com terrores distantes”. (CANCLINI, 2008, p. 88). Todavia, o próprio autor faz um contraponto com a vulgarização que se estabelece acerca da popularização do termo “culturas massivas” e sua ameaça para as tradições populares e a homogeneização ocorrida no continente:

A rigor, o processo de homogeneização das culturas autóctones da América começou muito antes do rádio e da televisão: nas operações etnocidas da conquista e da colonização, na cristianização violenta de grupos com religiões diversas – durante a formação dos Estados nacionais -, na escolarização monolíngüe e na organização colonial ou moderna do espaço urbano. (CANCLINI, 2003, p. 255).

Por outro lado, a cultura das massas que se estabeleceu com a globalização torna possível, por exemplo, que comunidades isoladas entrem em contato com o mundo, com pessoas que estão distantes. Igualmente proporciona o conhecimento e novas formas de alcançar o saber, seja através da literatura, seja através da internet.

Igualmente, há de se destacar que não se pode atribuir “aos meios eletrônicos a origem da massificação das culturas populares”, completa Canclini (2008), que “esse equívoco foi propiciado pelos primeiros estudos sobre comunicação, segundo os quais a cultura massiva substituiria o culto e o popular tradicionais”. O massivo configurou-se como uma esfera intercalada inserida no campo social, como ocorreu com a arte e a literatura, “uma subcultura determinada pela posição de seus agentes e pela extensão de seus públicos”. (2008, p. 255). Pode-se afirmar então, que a consciência de cultura massiva emerge no momento em que as sociedades já estão massificadas<sup>17</sup>, a inovação alçada pela mídia foi a sua união com o populismo, “as comunicações massivas apareceram como agentes da inovação desenvolvimentista”. É possível afirmar que as tradições culturais foram de certo modo beneficiadas com a multiplicação dos meios de comunicação, pois

---

CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI. (org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

<sup>17</sup> Não se pode confundir sociedade de massa com cultura de massa, uma vez que a condição de existência da cultura de massa está subordinada à indústria cultural como produtora massificada de bens culturais. Contudo, observa-se ser necessário primeiramente existir a sociedade de consumo para que surja a produção em massa de bens culturais. Nesse sentido, consultar: LIMA, Luiz Costa (org) *Teoria da Cultura de Massa*. ADORNO, BARTHES, BENJAMIN, MARCUSE, KRISTEVA, MCLUHAN, PANOFKY et al; introdução, comentários e seleção de Luiz Costa Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.



“a arte popular que tinha ganhado difusão e legitimidade social graças ao rádio e ao cinema, reelabora-se em virtude do público que agora tomam conhecimento do folclore através dos programas de televisão”.<sup>18</sup> (CANCLINI, 2008, p. 257).

Para o autor, o populismo possibilitou aos setores populares novas interações com a modernização, tanto com o Estado quanto com outros atores hegemônicos, fazendo com que parte de suas pretensões fossem atendidas, tornou possível que grupos subalternos aprendessem a se relacionar, a reconhecer-se. (CANCLINI, 2008, p. 265).

Nesse processo é importante a convergência do populismo político com a indústria cultural. Ao levar em conta que nas sociedades modernas o povo existe como massa, como público de um sistema de produção simbólica que transcendeu sua etapa artesanal, os populistas tratam de que o povo não permaneça como destinatário passivo das ações comunicacionais. Seu programa cultural – além de promover as formas pré-modernas de comunicação e aliança política: relações pessoais, suburbanas – constrói cenários nos quais o povo aparece atuando (manifestações de protesto, desfiles, ritos multitudinários). (CANCLINI, 2008, p. 265).

Para o autor, o império da cultura de massas não devorou as demais. No entanto, em conjunto com as expressões culturais populares e cultas originaram uma nova conexão híbrida. No seu entendimento os Estados latinos devem elaborar políticas dispostas a efetivar a diversidade de acordo as tradições e identidades urbanas, aliando o local e o global, ou seja, o *glocal*<sup>19</sup>. Com efeito, faz-se primordial introduzir plataformas “que promovam a compreensão e o respeito das diferenças na educação e nas interações tradicionais [...] que desenvolvam também programas que facilitem a informação e o conhecimento recíprocos nas indústrias culturais que comunicam intensamente os povos”. (CANCLINI, 2006, p. 187/188).

## 5 CONSUMO, CIDADANIA E HIBRIDISMO

Lamentavelmente, Canclini (2006) observa que o comércio e a publicidade apropriaram-se da política, reduzindo-a as suas regras,

---

18 O popular não aparece mais como oposto ao massivo, mas como um modo de atuar nele. Assim, a principal consequência da incorporação das massas ao estudo da cultura é a dissolução das classes sociais como poder explicativo das desigualdades das culturas populares. Para se entender o popular contemporâneo é necessário compreender não somente a produção cultural das massas, mas também tudo aquilo que consomem. Nesse sentido, ver: MARTIN BARBERO, Jesus. Pre-texto – conversaciones sobre la Comunicación y sus contextos. Cali: Centro Editorial Universidad Del Valle, 1995.

19 O fenômeno *Glocal*, segundo Cazelo, “é um neologismo usado para indicar a superposição de um conceito global a uma realidade local, a partir de um meio de comunicação, prioritariamente (mas não exclusivamente) operando em tempo real. No ambiente glocalizado, o sujeito se vê em um contexto simultaneamente local (o espaço físico do acesso, mas também o seu meio cultural) e global (o espaço mediático da tela e da rede, convertido em experiência subordinativa da realidade)”. (2007, p. 49).



convertendo o que antes se pautava pela participação em algo que hoje está reduzida ao simples consumo. Nesse ponto, o autor relaciona, a partir de sua obra *Consumidores e Cidadãos*, que o exercício da cidadania está conectado com as estratégias políticas e com as diversas formas de consumo proporcionadas pelos sistemas híbridos que se formaram durante as relações sociais modernas.

Também na América Latina a experiência dos movimentos sociais está levando a uma redefinição no que se entende por cidadão, não apenas em relação aos direitos à igualdade, mas também em relação aos direitos à diferença. [...] A insatisfação com o sentido jurídico-político de cidadania conduz a uma defesa da existência, como dissemos, de uma cidadania cultural, e também de uma cidadania racial, outra de gênero, outra ecológica, e assim podemos continuar despedaçando a cidadania em uma multiplicidade infinita de reivindicações. [...] Em resposta precisamos de uma concepção estratégica do Estado e do mercado que articule as diferentes modalidades de cidadania nos velhos e nos novos cenários, mas estruturados complementarmente. (CANCLINI, 2006, p. 36/37).

As propostas de independência e desenvolvimento da América Latina buscaram compatibilizar o modernismo cultural com a pseudo-modernização econômica, transpassados pelas tradições persistentes. Pretende utilizar-se da “participação através da ordem do consumo” e dos meios de comunicação para desenvolver o reconhecimento recíproco das diferenças, pois “a cidadania já não se constitui apenas em relação a movimentos sociais locais, mas também em processos de comunicação de massas”. (CANCLINI, 2006, p. 37/110). Compreender essas novas formas de relacionamento entre os indivíduos e o Estado, é a chave para que se consiga entender e aperfeiçoar as conexões transmodernas que necessitam ser concebidas por políticas de hibridação e interculturalidade, “estudar o modo como estão sendo produzidas as relações de continuidade, ruptura e hibridização – entre sistemas locais e globais, tradicionais e ultramodernos – no desenvolvimento cultural é, hoje, um dos maiores desafios para se repensar a identidade e a cidadania”.<sup>20</sup> (CANCLINI, 2006, p. 138).

Importa observar que constantemente durante sua história os países latinos vivenciaram processos de hibridação em suas culturas, haja vista o continente ter sido colonizado por povos de culturas e identidades diversas, e na medida em que há uma miscigenação de raças e uma integração entre culturas que compartilham elementos entre si, ocorre naturalmente uma dualidade coexistencial. Atente-se que, de acordo com o autor, os processos de hibridação são uma das modalidades de interculturalidade, no qual a

---

<sup>20</sup> As práticas de reconhecimento das identidades estão intimamente relacionadas com as políticas de efetivação da cidadania. Originariamente, a identidade estava subordinada à política de reconhecimento igualitário, e em seguida, à política de reconhecimento da diferença. Nesse sentido, veja-se: TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.



“interculturalidade remete à confrontação e ao entrelaçamento, àquilo que sucede quando os grupos entram em relações e trocas [...], implica que os diferentes são o que são, em relações de negociação, conflito e empréstimos recíprocos.” (CANCLINI, 2009, p. 17). Em muitos casos essa relação não é só de enriquecimento ou de apropriação pacífica, e sim conflitiva. É o denominado “choque entre as culturas.”

Ao abordar a intensa interculturalidade que nos compõe como indivíduos e grupos, Canclini (2003) retoma e amplia a preocupação antropológica com aquilo que nos diferencia ou homogeneiza. Busca a partir de uma análise sociológica e comunicacional estabelecer uma relação entre a hibridação e interculturalidade presente nas sociedades. Enfrenta temas como a desigualdade e a diversidade e suas conexões ou desconexões nas relações individuais e coletivas inseridas nas grandes redes que atravessam e constituem o mundo moderno.

Importa observar que para a efetivação dos processos híbridos de interação, faz-se fundamental o respeito cultural no sentido de preservação como herança para futuras gerações das culturas hoje existentes (populares e tradicionais). Há muitas críticas no sentido de evitar-se a uniformização cultural. Nesse sentido Peter Burke expõe que os seus opositores, ao serem “confrontados com o cenário da hibridização, podem responder que a mistura de todas as culturas em um caldeirão global é um estagio em sua subsequente homogeneização”. (2003, p. 109). Com efeito,

o preço da hibridização, especialmente naquela forma inusitadamente rápida que é característica de nossa época, inclui a perda de tradições regionais e de raízes locais. Certamente não é por acidente que a atual era de globalização cultural, às vezes vista mais superficialmente com a “americanização”, é também a era das reações nacionalistas ou étnicas - servia e croata, tutsi e hutu, árabe, basca e assim por diante. (BURKE, 2003, p. 7).

O pensamento de Homi Bhabha (2010), em sua obra *O local da cultura*, expõe que o hibridismo encontra-se no núcleo dos discursos entre colonizador e colonizado<sup>21</sup>. O ponto central de sua argumentação é a recusa do hibridismo como instrumento auxiliar na mediação entre as culturas sociais, eis que, tampouco permite o surgimento de novas práticas. Na sua ótica, assiste somente a manutenção das culturas hegemônicas e aos interesses dominantes, “o hibridismo não tem uma tal perspectiva de profundidade ou verdade para oferecer: não é um terceiro termo que resolve a tensão entre duas culturas, ou as duas cenas do livro, em um jogo dialético de “reconhecimento”. (BHABHA, 2010, p. 165).

---

21 Consoante Homi Bhabha (2010), a representação da diferença não deve ser vista como representação de elementos culturais ou éticos inscritos por meio de discursos e estratégias que tentam fixar por meio de uma dualidade excludente a identidade do *outro*, constituindo-se num método ajustado pelo colonialismo com o objetivo de legitimar a narrativa de superioridade do colonizador sobre o colonizado.



Nesse ponto localiza-se o debate existente entre o hiridismo de Canclini com o entendimento desenvolvido por Bhabba (2010) e Burke (2003). Canclini (2003) se utiliza do império da cultura de massas em conjunto com as expressões culturais populares e cultas, originando assim, novas conexões híbridas. Na sua dialética, os Estados devem elaborar políticas dispostas a efetivar a diversidade de acordo as tradições e identidades urbanas, aliando o local e o global. Ou seja, introduzir plataformas “que promovam a compreensão e o respeito das diferenças na educação e nas interações tradicionais [...] que desenvolvam também programas que facilitem a informação e o conhecimento recíprocos nas indústrias culturais que comunicam intensamente os povos”. (2006, p. 187/188).

Com o tempo, a modernidade é concebida não como um estágio homogêneo e estático, mas como um desenvolvimento que inclui diversas modalidades de crescimento econômico, de pluralidade cultural e com ampla diversidade de inter-relacionamento entre os povos<sup>22</sup>. Nessa direção é necessário ressignificar os princípios de tolerância e solidariedade para que se reconheçam os diferentes intercâmbios culturais e as distintas identidades pós-colonialistas. Para que se supere a soberania moderna e se utilize dos recursos que a hibridação proporciona, é necessário que se supere a finalidade agonística de caráter liberal, carregada de narrativas viciadas, nas quais a urgência em superar a opressão é imperativa.

Nas condições atuais da globalização encontramos razões crescentes para empregar os conceitos de mistura e hibridação, sendo necessária a emancipação cultural colaborativa entre os povos, assentando-se na diferença, na diversidade e na premissa inderrogável da dignidade da pessoa humana. Logo, os processos híbridos constituem-se em mecanismos operacionais que auxiliariam na concretização da reciprocidade e do reconhecimento entre povos, nações e etnias. Auxiliaria a compreender de maneira crítica acerca da necessidade de legitimar a heterogeneidade e resgatar valores mais humanos, a fim de compreender com maior propriedade os problemas sociais contemporâneos. Em definitivo, as políticas de hibridação “serviriam para trabalhar democraticamente com as divergências, para que a história não se reduza a guerras entre culturas. [...] Podemos escolher viver em estado de guerra ou estado de hibridização”. (CANCLINI, 2003, p. 18).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>22</sup> A idade atual constitui uma fase do processo de modernização, isto é, um projeto inacabado na dicção de Habermas. Entretanto, há consenso quando se afirma que são tempos de globalização do sistema econômico-financeiro, cuja hegemonia, somada às novas tecnologias, funciona em rede. Nesse sentido, o pensamento de: HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança social*. Tradução de Adail Ubirajar Sobral e Maria Stela Gonçalves. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2008; HABERMAS, Jürgen. *La modernidad, un proyecto incompleto*. In: BAUDRILLARD, Jean et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 2006.



Não há dúvida de que vivemos num período em que as fronteiras físicas se diluem dando lugar a uma multiculturalidade fértil e evidente, na qual o valor da modernização deriva não apenas do que separa nações, etnias e classes, mas principalmente da interculturalidade dinâmica vivenciada pelos povos e pelas nações.

A partir da análise da obra de Canclini, observa-se que sua ótica sobre as interconexões na América Latina reflete o resultado dos cruzamentos socioculturais em que o tradicional e o moderno se misturam, abordando aspectos do que pode ser concebido como culto, popular e massivo. A hibridação ocorre nas mais diversas áreas da vida em sociedade, sendo que, o autor faz abordagens baseado no trabalho conjunto das ciências sociais, gerando assim uma nova concepção da modernização latino-americana. Procura substituir o tradicional, na busca pela tentativa de renovação em diversos setores encarregados da heterogeneidade multitemporal de cada nação.

A compreensão da modernidade necessita de uma observância simultânea entre as formas de entrada e saída que nela ocorrem, haja vista que o período temporal em que nos situamos envolve as condições de participação e de heterogeneidade nas relações existentes. Os agentes sociais que participam dos campos culto, popular e massivo, reorganizam ações, procedimentos, atenuando as fronteiras existentes entre os estilos e os seus componentes.

Nesse aspecto, a interculturalidade é entendida como um horizonte de diálogo equilibrado no espaço de negociação e reconhecimento do pluralismo cultural no qual o hibridismo está inserido. Traz em seu âmago, os preceitos de que nenhuma cultura é absoluta, mas uma possibilidade constitutivamente aberta à possível hibridação por outras culturas. A interculturalidade define a sua proposta como uma nova concepção das relações entre as culturas. Almeja uma convivência cultural em igualdade de condições, considerando o pluralismo cultural como uma perspectiva de diálogo entre as espécies de culturas e as sociedades emergentes, nas quais as etnias, os grupos e classes sociais se reconhecem em suas diferenças buscando uma maior compreensão e valorização.

Entretanto, a hibridização proposta pelo autor não revela esta faceta dialogal, cooperativa e harmônica entre as culturas, em especial entre as culturas hegemônicas e as subjugadas. Nesse ponto específico reside a contribuição da teoria proposta por Canclini, utilizar-se do hibridismo cultural como canal de diálogo para repensarmos os vínculos entre cultura e poder, uma reconceitualização híbrida estruturada pela interculturalidade. A hibridação num debate intercultural e justo com o poder simbólico cultural dominante permitiria buscar formas de mediação, de vias diagonais para gerir os conflitos, comportando o reconhecimento e a satisfação das necessidades dos povos com dignidade e com respeito à diversidade.

É nesse espaço transformador e de diálogo híbrido entrecruzado pela interculturalidade é que se poderá buscar formas alternativas de fundamentação, talvez de um pluralismo jurídico do tipo progressista-



integrador, quem sabe dos direitos humanos como processo de hibridação intercultural. Decompondo a obra de Canclini, algumas reflexões emergem da constante e dinâmica simbiose existente na inter-relação entre culturas e processos culturais presentes na sociedade multicultural. Para que se assegure a formação sólida de um princípio que refute a concepção de hierarquia entre as culturas existentes, seja ela dominante ou subalterna, seria necessário a transformação da concepção de direitos humanos em premissa inderrogável da dignidade da pessoa humana, assentando-se na diferença, na diversidade e na emancipação cultural dos povos.

A hibridação como mecanismo de diálogo intercultural – por intermédio da tríade culto, popular e massivo -, intercederia e sustentaria a implementação de políticas democráticas a fim de autorizar a configuração de um patrimônio comum de valores e de direitos que subjuguem o localismo e a globalização hegemônica, inaugurando assim, um novo tempo.

#### REFERÊNCIAS:

BAUMAN, Zygmunt. **Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores**. Tradução de Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Paidós, 2007;

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006;

BHABHA, Homi. **O local da cultura**. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1998.

BURKE, Peter. **Hibridismo cultural**. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2003.

BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne. **Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina**. Tradução de Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANCLINI, Néstor Garcia. **Diferentes, Desiguais e Desconectados**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 3. ed. 2009.

\_\_\_\_\_. Néstor Garcia. **Latino-americanos à procura de um lugar neste século**. São Paulo: Iluminuras. 2008.

\_\_\_\_\_. Néstor Garcia. **Consumidores e Cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 6. ed. 2006.

\_\_\_\_\_, Néstor Garcia. **Culturas Híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade**. São Paulo: Edusp, 4. ed. 2003.

CASTELLS, Manuel. **La Cuestión Urbana**. 2.ed., México: Siglo XXI, 1973.





CASTELLS, Manuel. **Tecnologia da informação e capitalismo global**. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). No limite da racionalidade: convivendo com o capitalismo global. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Record, 2004.

CITTADINO, Gisele. **“Invisibilidade”, Estado de Direito e Política de Reconhecimento**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (org.). Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CAZELOTO, Edilson. **A inclusão digital e a reprodução do capitalismo contemporâneo**. Tese de Doutorado apresentada na PUC-SP, em 2007. Disponível em: [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/1/TDE-2007-12-27T07:03:47Z-4637/Publico/Edilson%20Cazeloto.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/1/TDE-2007-12-27T07:03:47Z-4637/Publico/Edilson%20Cazeloto.pdf). Acesso em 21/09/2016.

FERNANDES, Florestan. **A Integração do Negro na Sociedade de Classes**. SP: Dominus, EDUSP, 1965.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”**. Tradução Júlio Assis Simões. In: Cadernos de campo, n. 14/15, p. 1-382. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006;

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. (orgs.). **¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico**. Madrid: Ediciones Morata, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **La modernidad, un proyecto incompleto**. In: BAUDRILLARD, Jean et al. (Org.). La posmodernidad. Barcelona: Kairós, 2006.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança social**. Tradução de Adail Ubirajar Sobral e Maria Stela Gonçalves. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2008;

HINKELAMMERT, Franz. **La transformación del Estado de derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización**. In: VÁSQUEZ, Guillermo Hoyos (Comp.). Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

LIMA, Luiz Costa. **Teoria da Cultura de Massa**. ADORNO, BARTHES, BENJAMIN, MARCUSE, KRISTEVA, MCLUHAN, PANOFKY. Introdução, comentários e seleção de Luiz Costa Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

LIPOVETSKI, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004;



LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MACLAREN, Peter. **Multiculturalismo crítico**. Tradução Bebel Orofino Schaefer. São Paulo: Cortez, 1997;

MARTIN BARBERO, Jesus. **Pre-texto - Conversaciones sobre la comunicación y sus contextos**. Cali: Centro Editorial Universidad Del Valle, 1995.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Everardo. **O que é etnocentrismo**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SADER, Emir. **Crise hegemônica na América Latina**. Revista em Pauta, n. 19, p. 15-26. Faculdade de Serviço Social do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TORRES, Carlos Alberto. **Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado**. Petrópolis: Vozes, 2001.



## **PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ANÁLISE DOS CRITÉRIOS AUTORIZADORES DE UM TRATAMENTO DIFERENCIADO EM FAVOR DOS NEGROS**

*Gabriela Felden Scheuermann<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho versa acerca do princípio da igualdade, mais especificadamente quanto a análise dos critérios que autorizam um tratamento diferenciado em favor da população negra, sem que este tratamento viole à Constituição Federal. O estudo faz uma breve retomada histórica da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Traz as duas concepções da igualdade, qual seja, a igualdade formal, originada no Estado Liberal e a igualdade material, nascida no Estado Social e, por fim, analisa os critérios autorizadores da materialização da igualdade material, ou seja, de um tratamento diferenciado em favor da população negra. Quanto à metodologia, utilizou-se a pesquisa qualitativa e bibliográfica. Os resultados da pesquisa demonstram que para se efetivar o princípio da igualdade – viés material -, é preciso que o legislador trate de forma desigual os desiguais, na proporção de suas desigualdades. Concluiu-se que este tratamento diferenciado deve estar em consonância com alguns critérios pré-estabelecidos, sob pena de se tornar inconstitucional.

**Palavras-Chave:** Revolução Francesa. Igualdade. Desequiparação. Critérios

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Atualmente, mais da metade da população brasileira é composta por negros e pardos, entretanto, em relação a questões relacionadas ao acesso à educação e ao mercado de trabalho, percebe-se que este grupo se encontra em número inferior em relação ao de não-negros, ou seja, embora perfaçam a maioria da população, continuam sendo minorias nos principais setores da sociedade.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da igualdade, especialmente no que diz respeito a igualdade material, tendo em vista que a concretização desta é um meio importante para se alcançar a efetiva inclusão de grupos vulneráveis, marginalizados e excluídos da sociedade.

Sendo assim, em um primeiro momento será analisado, de forma breve, o surgimento do ideal da igualdade, que se deu com a Revolução Francesa de 1789. Antes deste período, a sociedade era estamental e dividida em “Três

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pelo Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC/IESA). Pós-Graduada em Sociologia pela Universidade Estácio de Sá. Acadêmica do Curso de Mestrado em Direito e Multiculturalismo do PPGD da Universidade Regional Integrada (URI) – campus Santo Ângelo. Contato: gabi\_felden@hotmail.com.



Estados”, cujos direitos eram distintos em cada um deles. Com a Revolução Francesa, deu-se luz a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual, pela primeira vez, previu a liberdade e a igualdade entre todos.

Após o insucesso do ideal da igualdade até então positivado na Declaração, iniciou-se uma reflexão, ainda tímida, acerca das diferenças básicas existentes entre os homens, razão pela qual o segundo subitem do presente trabalho irá expor o princípio da igualdade em suas duas facetas: igualdade formal – aquela positivada na Declaração Direitos do Homem e do Cidadão – e a igualdade material – aquela que começou a levar em consideração as diferenças existentes em cada sujeito/grupo.

A igualdade material demanda um tratamento distinto em relação aos demais grupos, com o intuito de corrigir as diferenças e concretizar, de fato, a igualdade. Desse modo, em um terceiro momento será analisado quais são os critérios autorizadores de um tratamento diferenciado sem que este tratamento viole a Constituição Federal e, conseqüentemente, se torne inconstitucional.

Por fim, em um quarto momento, será limitada a análise dos critérios autorizadores de um tratamento diferenciado, o qual passará a ser estudado em relação a população negra. Desse modo, se verificará se todos os critérios percorridos se encaixam no tratamento diferenciado oferecido aos negros, especialmente quanto ao caso das ações afirmativas de recorte racial.

## **1 REVOLUÇÃO FRANCESA E DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789**

As revoluções liberais – Revolução Americana e Revolução Francesa – foram de suma importância no contexto mundial, especialmente no que diz respeito a conquista de direitos, haja vista que foram por intermédio delas que surgiram os primeiros princípios jurídicos voltados para o indivíduo. Dentre eles, destaca-se o direito de liberdade e de igualdade, este último que será analisado a seguir, tendo como base a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, a qual edificou o conceito de igualdade perante a lei, que se conhece atualmente como a igualdade jurídico-formal.

Cumprido destacar, inicialmente, que a Revolução Francesa inaugurou a era Contemporânea, sendo considerada uma das revoluções políticas mais importantes do mundo ocidental. Como resultado desta revolução, criou-se uma nova noção de política, de relação entre a sociedade e o Estado, e de valorização do indivíduo, por meio da consagração da liberdade e da igualdade.

Com base no contexto histórico, a França era estratificada e hierarquizada em Três Estados: No topo da pirâmide estava o Primeiro Estado, composto pelo clero. Abaixo, o Segundo Estado, formado pela nobreza (condes, duques, marqueses) e, por fim, na base da pirâmide estava o Terceiro Estado, composto pela burguesia, camponeses e trabalhadores. Ocorre que esta situação ocasionou uma extrema injustiça, uma vez que somente o Terceiro Estado – o qual sustentava toda a sociedade – pagava impostos, com



o objetivo de manter os luxos da nobreza. Além disso, não havia democracia, vez que os trabalhadores não tinham direito a voto, nem de proferir opiniões acerca do governo.

A situação de injustiça e de desigualdade social foi tão grave que a burguesia, com o objetivo de acabar com a monarquia absolutista, foi às ruas lutar por “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, ideais conhecidos da Revolução Francesa. Assim, no ano de 1789, a Assembleia Constituinte cancelou todos os direitos feudais e promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, conforme se verá, foi um grande marco na história e na conquista de direitos.

Em síntese, a Revolução Francesa foi concebida para abolir os privilégios do Antigo Regime (*Ancien Régime*) e para dar fim “às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na rígida e imutável hierarquização social entre classes” (GOMES, 2001, p. 87.), ou seja, instaurar a igualdade, a qual “firmou-se como ideia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX” (GOMES, 2001, p. 87).

Com relação ao principal documento da época, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi aprovada pela Assembleia Nacional em 26 de agosto de 1789. Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 40), a criação desta Declaração “representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano”. Assim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão surgiu com o propósito de terminar com a monarquia absolutista e reconhecer uma monarquia constitucional, ou seja, o poder do soberano deve ser limitado pelas leis do Estado<sup>2 3</sup>. Assim, na Declaração,

**há a afirmação de que os indivíduos têm direitos; depois, a de que o governo, precisamente em decorrência desses direitos, obriga-se a garanti-los.** A relação tradicional entre direitos dos governantes e obrigações dos súditos é invertida completamente. Até mesmo nas chamadas cartas de direitos que precederam as de 1776 na América e a de 1789 na França, desde a Magna Charta até o Bill of Rights de 1689, os direitos ou as liberdades não eram reconhecidas como existentes antes do poder soberano, mas eram concedidos ou concertados, devendo aparecer – mesmo que fossem

<sup>2</sup> Nesse sentido, artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, *in verbis*: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

<sup>3</sup> Pour éviter le despotisme, pour que la liberté soit préservé, il faut que le pouvoir arrête le pouvoir. Los trois pouvoirs (législatif, executive, judiciaire) doivent donc être séparés, c’esteste à dire, exercé par des individus ou des groupes différents.

*Tradução:* Para evitar o despotismo, para que a liberdade seja preservada, é preciso que o poder controle o poder. Os três poderes (executivo, legislativo, judiciário) devem então ser separados, isto é, exercidos por indivíduos ou grupos diferentes



resultado de um pacto entre súditos e soberano – como um ano unilateral deste último (BOBBIO, 2004, p. 47).

À vista disso, a Revolução Francesa e a consequente criação da Declaração, “representou a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais sempre se submeteu” (COMPARATO, 2010, p. 65). Neste aspecto, importante ressaltar que para, de fato, inverter a situação de sujeição do indivíduo perante o soberano e ocorrer a emancipação, é preciso que se abandone a teoria de que o “homem é um animal político que nasce num grupo social, a família, e aperfeiçoa sua própria natureza naquele grupo social” e ao mesmo tempo se considere o “indivíduo em si mesmo, fora de qualquer vínculo social político, num estado, como o estado de natureza, no qual não se constituiu ainda nenhum poder superior aos indivíduos e não existem leis positivas que imponham esta ou aquela ação”, sendo, assim, um estado de liberdade e igualdade perfeitas (BOBBIO, 2004, p. 50).

Em suma,

Enquanto os indivíduos eram considerados como sendo originariamente membros de um grupo social natural, como a família (que era um grupo organizado hierarquicamente), não nasciam nem livres, já que eram submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior. Somente formulando a hipótese de um estado originário sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo e claramente antihistórico de que os homens nascem livres e iguais, como se lê nas palavras que abrem a declaração: Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos (BOBBIO, 2004).

Conforme visto, a Declaração de 1789 positivou o princípio da igualdade, estabelecendo logo em seu artigo 1º que todos os indivíduos nascem e permanecem livres e iguais. No entender de Barbosa, esse conceito de igualdade veio a dar sustentação jurídica ao Estado Liberal burguês, estabelecendo que a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie (GOMES, 2001, p. 87).

Entretanto, na prática, a Revolução foi incapaz de universalizar a igualdade. O individualismo pregado pelas revoluções liberais e “atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador”. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar proporções crescentes e incontroláveis (MAGALHÃES, p. 53, 2000).

À vista disso, a realização da igualdade ficou cada vez mais distante, pois o que se viu foi a exploração, a miséria, a fome e profundas desigualdades, tudo isso em nome do lucro e da acumulação de capital (RODRIGUES, 2013, p. 53).



Em síntese, o princípio da igualdade foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter este como efetivamente assegurada no sistema constitucional (GOMES, 2001, p. 88).

Em virtude disso, conforme se verá a seguir, no lugar da concepção estática da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção da igualdade material ou substancial, que, longe se de apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade.

## 2 IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL

No que diz respeito à igualdade formal, conforme analisado anteriormente, destaca-se o período anterior às revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, nos quais os indivíduos não eram considerados sujeitos iguais, tendo em vista que “seus direitos e deveres decorriam do pertencimento a um determinado estamento social e não da sua natureza humana” (GALLUPO apud SARMENTO, 2006). Somente com a instauração do Estado Liberal que a “igualdade entre todos perante a lei é afirmada, com a abolição dos privilégios de ordem estamental” (SARMENTO, 2006, p. 143).

Assim, o princípio da igualdade formal surgiu com a Revolução Francesa de 1789, no chamado Estado Liberal e materializou-se por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual prevê, em seu artigo 1º que “os homens nascem livres e iguais em direitos” e, além disso, estabelece em seu artigo 6º que a lei deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir.

Dessa forma, o princípio da igualdade, visto em sua concepção formal não autoriza nenhuma forma de privilégio, favorecimento ou discriminação, tendo em vista que a lei deve ser igualitária e oferecer o mesmo tratamento para todos. Nesse sentido

“A igualdade formal era entendida, num primeiro momento, como uma igualdade perante a lei, de modo que, para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos” (JENSEN, 2010, p. 37).

Entretanto, Canotilho afirma que a igualdade perante a lei “oferecerá uma garantia insuficiente se não for acompanhada – ou não possuir também a natureza – de uma igualdade na própria lei”. Por essa razão, evidenciou-se que a igualdade existente era tão-somente a vedação da desigualdade, “ou a invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado, o que não pode ser o mesmo que garantir a igualdade jurídica” (1993, p. 564). Se a isonomia fosse apenas a vedação de tratamentos



discriminatórios, “o princípio seria insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República” (ROCHA, 1996, p. 07).

Visto que a igualdade formal não restou suficiente para combater as desigualdades, vez que não levou em consideração “as desigualdades concretas existentes na sociedade”, foi preciso que o princípio da igualdade se reestruturasse, de modo a permitir que “situações desiguais fossem tratadas de maneira dessemelhante” (GOMES, 2001, p. 131), ou seja, passou-se a se adotar também a igualdade material.

Com o advento do Estado Social, o princípio da igualdade passou por uma releitura, de modo que deixou de ser considerado uma igualdade jurídico-formal para se converter em igualdade material, isto é, igualdade baseada nas diferenças de cada indivíduo (BONAVIDES, 2004, p. 376). Dessa forma, a “nova postura de Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador”, passando a atuar “ativamente na busca da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais” (GOMES, 2001, p. 132).

Assim, no que diz respeito a igualdade material, não significa que o legislador deve “inserir todos na mesma posição jurídica [...] nem que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas” (ALEXY, 2008, p. 396). Significa dizer que, de acordo com a concepção material do princípio da igualdade, “não se pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos” (ALEXY, 2008, p. 397). A igualdade não proíbe que, devido às diferenças que apresentam uns em relação aos outros, “seja dado tratamento jurídico diverso a uns e outros e sejam desiguais os homens em face da lei, quando tal lei leva em conta exatamente essas diferenças, ou desigualdades, para finalidades legítimas” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 74).

Sob este aspecto, imprescindível citar um trecho da conhecida Oração aos Moços, de Rui Barbosa (1999, p. 26), a qual muito bem ilustra o princípio da igualdade:

A regra a igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. **Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante e não igualdade real**” (grifou-se).

Nota-se, dessa forma, que a igualdade atualmente preconizada na Constituição Federal não é apenas em seu sentido formal, mas também em seu sentido material, fundamentada na equidade encontrada na máxima aristotélica que, por seu turno, diz respeito a uma exigência do próprio conceito de justiça.

Exposto o princípio constitucional da igualdade em suas concepções formal e material, passar-se-á à análise de critérios autorizadores de um tratamento diferenciado, com o objetivo de garantir o direito fundamental à igualdade.





### 3 CRITÉRIOS PARA UM TRATAMENTO DIFERENCIADO SEM OFENSA À ISONOMIA

Visto que o princípio da igualdade opera em dois planos distintos: de um lado, garante que todos os sujeitos são merecedores do mesmo tratamento e, de outro, possibilita que haja desequiparações, é preciso estabelecer quais são os critérios que permitem um tratamento diferenciado, com o fim de efetivar a igualdade material sem que haja ofensa à isonomia.

Nessa linha, consoante analisado, a regra preconizada no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal aponta para uma igualdade sem qualquer forma de distinção. Todavia, “não quer se afirmar uma cegueira em face das múltiplas injustiças sociais existentes em nosso país”. A problemática que surge é como “estabelecer condições e critérios para que uma diferenciação não se transforme em uma verdadeira discriminação” (GONÇALVES, 2013, p. 398).

Segundo Canotilho, um dos critérios que se deve levar em consideração para oferecer um tratamento diferenciado é a proibição geral do arbítrio, ou seja, “existe observância da igualdade quando os indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente tratados como desiguais”. Uma diferenciação é considerada arbitrária e, por isso, proibida, “se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela” (1993, p. 365).

A necessidade de existir uma razão suficiente que justifique a “admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual” (ALEXY, 2008, p. 408). À vista disso, infere-se que tratamento arbitrário é aquele que não se baseia em um fundamento jurídico sério, não possui um sentido legítimo e estabelece uma diferenciação sem um fundamento razoável (CANOTILHO, 1993, p. 366).

O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. **Proíbe, sim, o arbítrio**; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer **sem qualquer justificação razoável**, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. **Proíbe também que se tratam como igual situações essencialmente desiguais**. E proíbe ainda a discriminação, ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas (CANOTILHO, 1993, p. 565) [grifo nosso].

No mesmo sentido, Mello, em sua obra *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (2014) aduz que haverá violação ao princípio constitucional da igualdade se o tratamento diferenciado não atender os critérios de (I) elemento como fator de discriminação; (II) correlação lógica entre o fator e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico; (III) conformidade da correlação lógica com o sistema constitucional, os quais passaremos a analisar.

Para saber se há ou não ofensa ao princípio constitucional da igualdade, deve-se, primeiramente, analisar aquilo que é adotado como critério discriminatório e, após, verificar se há justificativa racional, ou seja, se existe fundamento lógico para, “atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade”. Por fim, cabe analisar se o fundamento racional é,



“afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional” (MELLO, 2014, p. 21).

No tocante ao elemento como fator de discriminação, ressalta-se que a “a lei não pode erigir em um critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser escolhido pelo regime peculiar” (MELLO, 2014, p. 23), isto é, para que não haja ofensa à isonomia, a lei deverá atingir um grupo de pessoas ou então a um só indivíduo, se, contudo, visar um sujeito indeterminado e indeterminável no presente.

No tocante ao segundo critério, qual seja, correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação, examina-se, de um lado, aquilo que é colocado como critério discriminatório e, de outro, “se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade firmada”. (MELLO, 2014, p. 38).

Nessa lógica, “se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamento jurídico dispensado, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia” (MELLO, 2014, p. 39), ou seja, a igualdade é ofendida quando o motivo da discriminação não guardar relação lógica com a inclusão ou a exclusão no benefício deferido.

O último critério refere-se à consonância da discriminação com os interesses protegidos pela constituição. Esclarece o autor que não basta estabelecer uma correlação lógica para atribuir o tratamento diferenciado, é preciso também que vínculo seja constitucionalmente pertinente. Desse modo, “a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento” (MELLO, 2014, p. 42).

Em suma, haverá ofensa ao princípio da igualdade quando, além da utilização de um tratamento arbitrário:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas ou pessoas indeterminadas.

II - A norma adota como critério de *discrímen* elemento que não reside nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas.

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diversos em atenção ao fator de discriminação que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos com os interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita (MELLO, 2014, s.p.)

À vista de todo o exposto, alude-se às palavras de Boaventura de Souza Santos:



**Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza.** Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (1999, p. 44-45) [grifo nosso].

Dessa forma, nem todo tratamento diferenciado é considerado um tratamento inferiorizado, razão pela qual a “política de igualdade não tem de se reduzir a uma norma identitária única”. Pelo contrário, “sempre que estamos perante diferenças não inferiorizadoras, a política de igualdade que as desconhece ou as descaracteriza, converte-se, contraditoriamente, numa política de desigualdade (SANTOS, 1999, p. 44).

Além disso, o tratamento distinto aos desiguais é concebido “como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade” (ROCHA, 1996, p. 04). Por este motivo, buscou-se, até o presente momento, demonstrar que por intermédio da diferenciação legal promove-se a igualdade jurídica efetiva, dita material (ROCHA, 1996, p.04).

#### **4 ADEQUAÇÃO NO CASO DA POPULAÇÃO NEGRA**

Conforme assinalado anteriormente, o princípio da igualdade é uma norma que garante aos indivíduos o direito fundamental ao tratamento isonômico. No entanto, não é uma norma que “ordena sempre um tratamento igual, tampouco ordena sempre um tratamento desigual”, uma vez que entre as pessoas, coisas ou situações “sempre há desigualdades fáticas, ao menos parciais ou relativas” (JENSEN, 2010, p. 198).

Com efeito, não é autorizado pelo ordenamento jurídico todo e qualquer tratamento desigual. É preciso que estejam presentes os critérios autorizadores de um tratamento diferenciado, expostos no subitem supra, quais sejam, (a) o fator de discriminação, (b) correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação a ser realizada e (c) conformidade com o sistema constitucional, além da proibição do arbítrio.

Em relação ao tratamento diferenciado oferecido a população negra, mais especificadamente no caso da política de cotas raciais, é possível observar a presença de todos os critérios autorizadores. O (a) fator de discriminação auferido é a “raça” que, em que pese ter sido comprovado a inexistência do conceito biológico ou genético no que diz respeito à espécie humana, Ricardo Lewandoski afirma que

**Cumpra afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico** de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, **porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação** ou, até mesmo, a dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores (STF, 2012, p. 20) [grifo nosso].



Assim, embora não há, no sentido biológico, a existência de “raças”, é preciso ter em mente que este termo é empregado de forma simbólica e cultural, como bem fez o constituinte de 1988 ao elencar os crimes de racismo na Constituição Federal. Segundo Antônio Sérgio Guimarães, “raça é um conceito que não corresponde a nenhuma realidade natural. Trata-se, ao contrário, de um conceito que denota tão-somente uma forma de classificação social (1999, p. 19).

Nesse viés, para Ronald Dworkin (2002, p. 369), “os critérios raciais não são necessariamente os padrões corretos para decidir quais candidatos serão aceitos pelas faculdades”, no entanto acrescenta que

Temos, todos nós, inteira razão ao desconfiarmos das classificações por raça. Elas têm sido usadas para negar, em vez de respeitar, o direito à igualdade, e todos nós estamos conscientes da injustiça que daí decorre. **Mas se entendermos mal a natureza dessa injustiça, ao não estabelecermos as distinções simples que são necessárias para o seu entendimento, estaremos correndo o risco de cometer ainda mais injustiças** (DWORKIN, 2002, p. 369) [grifou-se]

Dito isso, afirma-se que o fator de discriminação – raça – possui (b) correlação lógica com a desequiparação realizada, tendo em vista que os negros foram, por muitos anos, escravizados. Por esse motivo, existe, até os dias de hoje, um alto nível de desigualdade racial, ou seja, os negros ainda carregam consigo o preconceito em razão da cor da pele. Destarte, o Brasil possui uma “responsabilidade histórica na construção e manutenção das enormes desigualdades raciais existentes no país atualmente” (CICONELLO, 2007, p. 08).

Em relação ao critério da (c) consonância com o ordenamento jurídico constitucional, é possível observar que o constituinte de 1988 possibilitou a adoção de ações afirmativas por parte do Estado como forma de promover a igualdade material. Cita-se, como exemplo, o preâmbulo da Carta Magna, o qual garante “[...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, Constituição Federal, s.p.). Em síntese, “o Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa” (ROCHA, 1996, p. 139).

Ademais, cumpre ressaltar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a qual dispõe em seu artigo 2º que “os Estados-partes tomarão [...] medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a esses grupos”, a fim de assegurar-lhes uma verdadeira igualdade de oportunidades. Por conseguinte, observa-se que a política de cotas raciais está em consonância com os três primeiros critérios autorizadores de discriminação sem ofensa ao princípio da igualdade.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da problemática exposta, o presente trabalho discorreu acerca dos critérios autorizadores de um tratamento diferenciado em relação a população negra, com o objetivo de verificar que este tratamento oferecido não ofende os preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, especialmente quanto ao princípio da igualdade.

Nessa linha, demonstrou-se no decorrer do estudo que o primeiro ideal em busca da igualdade surgiu com a Revolução Francesa, mais especificadamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Viu-se que esta igualdade apenas estabelecia uma igualdade formal, ou seja, todos os indivíduos eram considerados iguais perante a lei. Entretanto, em decorrência das diferenças de cada um, começaram a surgir elevados níveis de desigualdade, restando a igualdade formal insuficiente.

Desse modo, averiguou-se a necessidade de uma reestruturação no princípio da igualdade, o qual passou a ser considerado em duas facetas: de um lado, permaneceu a igualdade formal já adotada e, de outro, adotou-se a igualdade material, sendo aquela que demanda um agir positivo do Estado em favor de segmentos discriminados e excluídos da sociedade, com o viés de ofertar-lhes um tratamento específico e, por intermédio deste tratamento, iguala-los aos demais.

Demonstrou-se, assim, que todos os indivíduos possuem o direito à igualdade, vale dizer, todos são merecedores do mesmo tratamento diante da lei. Entretanto, este tratamento deve ser diferenciado em relação a certas pessoas ou a certos grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Nesse contexto, atentou-se para o fato de que este tratamento diferenciado, para ser considerado válido face ao ordenamento jurídico brasileiro, precisa estar em consonância com certos critérios autorizadores, sob pena de ser considerado inconstitucional.

Sob este aspecto, restringiu-se o estudo na análise específica de um grupo discriminado, qual seja, a população negra. Concluiu-se que o tratamento oferecido a este grupo, especialmente no caso da política públicas adotadas pelo Estado, como o caso de ações afirmativas de recorte racial, estão em sintonia com todos os critérios necessários para que seja possível o tratamento diferenciado. Portanto, viu-se que o tratamento diferenciado oferecido aos negros, cujo objetivo não é outro senão concretizar a igualdade material, não ofende a Constituição Federal, estando, pois, em consonância com o ordenamento jurídico vigente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. 5ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1999. Disponível em



<[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONADIVES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Joaquim Barbosa. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Seminário Internacional: As minorias e do direito. Brasília: 2001. Disponível em <[sites.muliweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf](http://sites.muliweb.ufsm.br/afirme/docs/Artigos/var02.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, v.38, nº 151, p. 129-152, jul/set. 2001.

GONÇALVES, Maria Alice Rezende Gonçalves. Os caminhos para a diversidade no ensino superior. In. PAIVA, Ângela Randolpho. **Ação Afirmativa em questão: Brasil, Estados Unidos e África do Sul**. Rio de Janeiro: Pallas, 2013.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio. **Democracia racial: o ideal, o pacto e o mito**. In: Revista Novos Estudos, nº 61. 2001.

JENSEN, Geziela. **Política de Cotas Raciais em universidades brasileiras: entre a legitimidade e a eficácia**. Curitiba: Juruá, 2010.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa: o conteúdo jurídico do princípio da igualdade jurídica**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 15, 1996.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações Afirmativas e Estado Democrático de Direito**: uma releitura a partir da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e da problemática do mito da democracia racial em ‘Casa-Grande e Senzala’ no Brasil. Trabalho de Pós-graduação. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <[www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_RodriguesEB\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesEB_1.pdf)>.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris LTDA, 2006.



## BRASIL, ESTADO LAICO: UM IDEAL TEÓRICO

Gabriela Gomes Klassmann<sup>1</sup>

Jaqueline Michele Saldanha Miranda da Luz Zembrzowski<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho foi elaborado e desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e doutrinária e tem como objetivo demonstrar que apesar de o Brasil ser dito um país laico na teoria, na prática a realidade é outra, pois em diversas situações é possível vislumbrar uma certa preferência dada à igreja católica. Num primeiro momento é elaborada uma breve evolução do domínio da Igreja sobre o povo até o advento do Brasil como um Estado-nação laico, vez que é um traço característico do mundo ocidental. Em seguida são trazidos alguns conceitos de laicidade como uma forma de convivência democrática entre cidadãos e cidadãos e o Estado, onde deve haver o respeito à todas as religiões sem que nenhuma seja tida como religião oficial do Estado, assim como o respeito a liberdade de crença dos cidadãos e respeito também aos que não creem. Por último procura-se perquirir, a partir de algumas considerações realizadas no presente artigo, se de fato o Estado brasileiro pode ser considerado laico, apesar de haver previsão constitucional, ou se constitui uma laicidade apenas na teoria e não na prática.

### DESENVOLVIMENTO

Pode-se dizer, indubitavelmente, que o cristianismo dominou a Idade Média não somente no quesito religião, mas também no poder político. A Religião Católica Apostólica Romana representava a fé oficial do Estado Medieval e qualquer tentativa de criação de novo segmento religioso ou manifestação de culto de forma distinta dos rituais sacralizados pelos procedimentos católicos era proibida.

No entanto, já na idade moderna com a Reforma Protestante no século XVI houve a questão da “intolerância religiosa”, onde se derramou rios de

<sup>1</sup> Mestranda em Direito, bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo – URI. Bacharela em Direito formada pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo no ano de 2010/II; [adv.gabi@hotmail.com](mailto:adv.gabi@hotmail.com)

<sup>2</sup> Mestranda em Direito, bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo – URI. Bacharela em Direito formada pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo- IESA, Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL e Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho com ênfase para o Magistério Superior pela Anhanguera Educacional, [jackeluz@hotmail.com](mailto:jackeluz@hotmail.com).





sangue, fato que colocou em xeque o domínio absoluto da Igreja Católica. (SCALQUETTE, 2013, p. 129, 130)

No Brasil, já na época do Império, a religião católica era considerada oficial e as outras religiões eram apenas toleradas, isto é, eram permitidas desde que o culto fosse doméstico, em casas determinadas, porém não poderia haver na fachada forma exterior que caracterizasse um templo. (SCALQUETTE, 2013, p. 140)

Dessa forma, o fenômeno religioso, com apelo transcendente, é evidência desde o mundo antigo e sempre se impôs com positividade social. (NETO, 2007, p. 27). E durante todo o período colonial que perdurou entre 1500 e 1822 e o período imperial que, por sua vez, perdurou de 1822 a 1889, o catolicismo foi a única religião legalmente aceita no Brasil, não havendo liberdade religiosa em nosso país, ou seja, não era permitida a prática de outra religião senão a Católica. (ORO, 2011)

O monopólio católico estabelecido no período colonial projetou-se na Constituição Federal de 1824, já no período Imperial, quando a Constituição foi promulgada “em nome da Santíssima Trindade”, a qual, em seu artigo 5º, transpunha a ditadura religiosa no Brasil Colônia para o Império, ao consagrar que “*A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser Religião do Imperio. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo*”. (LOREA, KNAUTH, 2010, p. 48).

Pedro Oro nos ensina que embora a Constituição Imperial de 1824 tenha realizado avanços em direção da liberdade religiosa e dos cultos não-católicos, desde que expressassem suas crenças em suas próprias línguas e no âmbito doméstico, foi somente por ocasião da instalação da República que o governo decretou, em 7 de janeiro de 1890, e a primeira constituição republicana oficializou, em 1891, a separação entre Igreja e Estado, pondo fim, assim, ao monopólio católico, extinguindo o regime do padroado, secularizando os aparelhos estatais, o casamento e os cemitérios, e garantindo, pela primeira vez, a liberdade religiosa para todos os cultos. (ORO, 2011). Assim, nasceu, então, o Estado Laico, com a separação do poder da igreja do poder do Estado, bem como garantindo a todos a liberdade religiosa.

Vale dizer que este avanço na legislação não significou, entretanto, a retirada de determinados privilégios da Igreja Católica, uma vez que a pressão católica na Assembleia Constituinte de 1890 conseguiu impedir a aprovação, por exemplo, da lei da mão-morta, pela qual se pretendia esbulhar os bens materiais da Igreja. Da mesma forma, as ordens e congregações religiosas continuaram atuando, algumas subvenções ainda permaneceram em certas localidades do território nacional e a obtenção de documentos continuou a passar através dos religiosos. De sorte que apesar da separação republicana do poder da igreja e do Estado “a Igreja ainda ocupava espaços consideráveis nas áreas da saúde, educação, lazer e cultura” (ORO, 2011).

No entanto, nota-se que o esforço para afastar a Igreja Católica do Estado fica evidente na promulgação da já mencionada Constituição de 1891, que instaura a cidadania no Brasil, a qual tem como um de seus objetivos o de



erradicar o monopólio do mercado religioso vigente ao tempo do Império, conforme se vislumbra no artigo 72 da Constituição Republicana o qual estabelece: “*Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum*”. (...) “*Nenhum culto ou Igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados*”. (LOREA, KNAUTH, 2010, p. 48).

A Constituição de 1891 foi um marco característico no avanço do país como um Estado laico, reconhecendo, enfim, que nenhuma igreja será tida como oficial e garantindo a todos os indivíduos a liberdade religiosa.

A atual Constituição Federal de 1988 traz insculpido em seu 19, inciso I, a vedação de o Poder Público, aí compreendido a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estabelecer cultos religiosos ou Igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público, senão vejamos:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Da leitura do dispositivo, constata-se uma nítida preocupação do legislador em construir um Estado laico, apartado da Igreja, inclusive da Católica, e equidistante de todas as religiões então professadas no País e o poder do Estado. (LOREA, KNAUTH, 2010, p. 49). Poucas criações do mundo moderno tornaram-se tão indispensáveis para que as várias e diversas sociedades se desenvolvam em um marco de liberdades e convivência pacífica, como a neutralidade do Estado em relação as religiões. (BLANCARTE, 2008, p. 19)

A neutralidade religiosa e ideológica do Estado Constitucional encontra-se associada ao princípio da separação das confissões religiosas do Estado e da sua independência recíproca. (...) O princípio da laicidade é considerado um subprincípio concretizador do princípio republicano. (MACHADO, 2013, p. 13)

A par desse breve contexto histórico acerca do domínio religioso e político da Igreja Católica até a positivação da laicidade na Constituição Federal, é possível perceber que a igreja detinha forte influência nas decisões de Estado, e mais, era considerada como a única religião legalmente aceita no Brasil, não sendo permitida a prática de outras religiões senão no âmbito doméstico. Também se pode perceber que apesar da separação Estado-Igreja, a influência da igreja católica continuou muito presente.

Não obstante, segundo Jayme Neto em relação a separação do Estado e da igreja na Constituição,

(...) aos poucos reconhece-se que o respeito pela pessoa humana implica necessariamente a tolerância religiosa,



mormente em face da constatação de que o Estado não tem critério imparcial e infalível para distinguir dentre “várias pretensões igualmente sérias e honestas de verdade”. Daí o momento subsequente, de constitucionalização do direito à liberdade religiosa e do princípio da separação Igreja/Estado, faltava pouco. (NETO, 2007, p. 33)

Conforme leciona Lorea e Knauth “refletir sobre catolicismo à época do advento da República permite avaliar o contexto de um projeto de modernização de inspiração liberal que, dentre outros objetivos, buscava distanciar o homem da visão de mundo proposta pela igreja Católica”. (LOREA, KNAUTH, 2010, p. 45)

Para compreendermos melhor o que significa a separação da igreja e do Estado e entendermos o objetivo do presente artigo é imperioso apresentar, na lição de alguns doutrinadores, o conceito de laicidade.

Conceitualmente, consoante os ensinamentos de Ari Pedro Oro (2008),

Laicidade é um neologismo francês que aparece na segunda metade do século XIX, no contexto do ideal republicano de liberdade de opinião – na qual está inserida a noção de liberdade religiosa – do reconhecimento e aceitação de diferentes confissões religiosas e da fundação estritamente política do Estado contra a monarquia e a vontade divina. (p. 81).

Roberto Blancarte, por sua vez, explica que o laicismo é “um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e já não mais por elementos religiosos”. (BLANCARTE, 2008, p. 19).

## **A SEPARAÇÃO DE ESTADO E RELIGIÃO COMO FUNDAMENTO DO ESTADO LAICO**

Nas palavras de Scalquette, “estado laico deve ser neutro em face a religião, não apoiando uma ou outra religião especificamente, garantindo e protegendo apenas e tão somente o direito de cada cidadão em sua liberdade religiosa”. E continua nessa mesma linha de entendimento, “em suma, o Estado laico deve haver uma neutralidade no tocante à religião – não há apoio a uma religião específica” (2013, p. 120, 122).

A liberdade religiosa, juntamente com a separação do Estado e da Igreja, constitui um dos princípios fundamentais da laicidade (ORO, 2011, p. 230). Assim, Martins Filho (2011), também define laicidade: “Aquele em que há separação entre duas esferas, com autonomia do Estado e da Igreja, mas relação de mútua cooperação, respeitada a liberdade religiosa e o pluralismo religioso, sem uma religião estatal”.

Celso Lafer (2007) refere que estado laico é um modo de pensar que confia o destino da esfera secular dos homens à razão crítica e ao debate e não aos impulsos da fé e às asserções de verdades reveladas. Isto não significa



desconsiderar o valor e a relevância de uma fé autêntica, mas atribui à livre consciência do indivíduo a adesão, ou não, a uma religião.

Para Charles Taylor o Estado não pode estar oficialmente vinculado a nenhuma confissão religiosa e diz ainda que devido ao pluralismo religioso da sociedade deve existir, por consequência, uma neutralidade do Estado em relação às religiões. (TAYLOR, 2011, p. 39). E continua, explicando:

Nadie debe ser coaccionado em matéria de religión o de creencias básicas. Esto es lo que normalmente se entiende por libertad religiosa – incluida, por supuesto, la libertad de no creer -, o el libre ejercicio de la religión (...). Deve existir igualdad entre personas com diferentes credos o creencias básicas: ninguna perspectiva religiosa y ninguna weltanschauung (religiosa o arreligiosa) puede tener um estatus privilegiado, y aún menos ser doctrina oficial del Estado. (2011, p. 40)

A laicidade diz respeito ao Estado e se mede pela existência ou não de uma dimensão religiosa da nação, pela existência ou não de uma religião de Estado, pelo lugar do ensino religioso na escola, dentre outras situações. Ou seja, o Estado é laico quando prescinde da religião, quando já não requer mais a religião como elemento de integração social. Por isso, o Estado laico surge realmente quando a origem dessa soberania já não é sagrada, baseada na fé ou na religião, mas sim popular. (ORO, 2011).

Sobre o tema em pauta, cabe a explicação de Santos Junior (2007, p. 62),

[...] laicismo expressa o sistema jurídico-político no qual o Estado e as organizações religiosas não sofrem interferências recíprocas no que diz respeito ao atendimento de suas finalidades institucionais; laicidade, por seu turno seria simplesmente a qualidade de laico, o caráter de neutralidade religiosa do Estado. Poder-se-ia dizer, assim, que o laicismo é o sistema caracterizado pela laicidade.

Charles Taylor aprofunda o tema sobre laicismo e leciona:

Creemos que el secularismo (o laïcité) tiene ver com la relación entre el Estado y la religión; pero, em realidade, tiene ver com outra cuestión: qué debe hacer el Estado democrático ante la diversidad (...). De hecho, la razón, de ser de la neutralidade estatal es precisamente evitar favorecer o perjudicar no solo posturas religiosas, sino cualquier postura básica, religiosa o no. No podemos favorecer el cristianismo frente al islam, pero tampoco la fe religiosa frente a la increencia religiosa, ni viceversa. (2011, p. 41)

Com diversos conceitos trazidos sobre a laicidade do Estado, em suma, pode-se dizer que refere-se a neutralidade do Estado em relação a toda e qualquer religião, refere-se também a democracia em relação a liberdade religiosa e de crença, inclusive de não crer e principalmente o poder do Estado separado do poder da igreja, pois, conforme ensina Jürgen Habermas “em una



democracia liberal el poder estatal há perdido su aura religiosa”. (HABERMAS, 2011, p.33)

No entanto, teoricamente apesar da característica principal da laicidade ser a separação do estado e da igreja assim como a liberdade religiosa, na prática a realidade nem sempre se verifica dessa forma, conforme se pretende demonstrar.

## RELIGIÃO E ESTADO LAICO

A Igreja Católica, mais do que qualquer outra igreja, mesmo após o advento da República como um Estado laico continuou a receber certas benesses na forma de auxílios e cooperações de várias ordens, inclusive financeiras e de isenção de impostos. Além disso, apesar do dispositivo legal de separação entre igreja e Estado, que já vigora há mais de um século, o qual foi reafirmado no art. 19, inciso I, da Constituição de 1988, no ano de 2009 ocorreu uma situação de tratamento preferencial do Estado em relação à Igreja católica. Estamos falando do Acordo bilateral firmado entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé em 2008, durante audiência oficial na biblioteca do Vaticano entre o papa Bento XVI e o então presidente Lula, e aprovado na Câmara dos Deputados, em 26 de agosto de 2009, e no Senado Federal, em 8 de outubro de 2009. (ORO, 2011)

Referido acordo sofreu fortes críticas da sociedade em geral, em primeiro lugar porque viola o artigo 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988 no tocante a vedação do Estado em manter relações de dependência ou aliança com cultos religiosos ou igrejas.

Em segundo lugar porque confessionaliza a disciplina de ensino religioso facultativo e ministra aulas em escolas públicas de nível fundamental, o que contraria a Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Por derradeiro, implica, ainda, a concessão de subvenção estatal à Igreja Católica e a privilegia em detrimento das demais agremiações religiosas, o que também é vedado pelo dispositivo legal. (ORO, 2011).

Essa preferência concedida a igreja católica pode ser vislumbrada levando em consideração o exposto no parágrafo acima e o conteúdo da laicidade trazido por Marco Huaco.

O conteúdo da laicidade como princípio jurídico vem conformado pelos seguintes elementos essenciais: a) a separação orgânica e de funções, assim como a autonomia administrativa recíproca entre os agrupamentos religiosos e o Estado, b) o fundamento secular da legitimidade e dos princípios e valores primordiais do Estado e do Governo, c) a inspiração secular das normas legais e políticas públicas estatais, d) a neutralidade, a imparcialidade frente às diferentes cosmovisões ideológicas, filosóficas ou religiosas existentes na sociedade, e e) a omissão do Estado em manifestações de fé ou convicção ideológica junto aos indivíduos. (HUACO, 2008, p. 42)



Importa esclarecer que a neutralidade religiosa do Estado pretende impedir a instrumentalização do poder político pelos poderes religiosos, e vice versa, ao mesmo tempo que promove a autonomia das confissões religiosas e liberta o erário público de quaisquer encargos com a promoção da religião (MACHADO, 2013, p. 24).

Nessa seara Jónatas Machado aduz que a neutralidade religiosa pretende

(...) salvaguardar a igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos, crentes e não crentes, colocando a sua escolha individual em matéria de visões do mundo, religiosas ou não, fora do alcance dos poderes coercitivos do Estado. Um dos objetivos iniciais subjacentes à insistência na neutralidade do Estado e na separação das confissões religiosas do Estado constituiu em impedir que uma pessoa não religiosa se sentisse pressionada ou coagida pela presença esmagadora da religião e dos símbolos religiosos no espaço público. (MACHADO, 2013, p. 24)

Como dito, em relação a laicidade na prática, a perspectiva de uma sociedade pós-moderna absolutamente secularizada, na qual a religião estivesse restrita ao âmbito das relações interpessoais, sem qualquer impacto relevante nas esferas do poder público, demonstrou-se improvável na primeira década do século XXI, mesmo quando tomamos como cenário os países da sociedade ocidental. E apesar da laicidade ter sido proposta como o regime social de convivência no qual as instâncias políticas se veem legitimadas pela soberania popular e não mais por instituições religiosas, não é o que ocorre na realidade. Nesse cenário, o papel da religião na modernidade sofre restrições no cenário político/público, de vez que sua legitimidade parece estar confinada à esfera privada, no sentido de que as esferas fiéis, que livremente aderem a uma determinada crença, estarão voluntariamente submetidas a determinados dogmas. (LOREA, KNAUTH, 2010. p. 33; 35)

Nesse contexto, preconiza o doutrinador Charles Taylor (2011, p. 51) que

las sociedades democráticas no se organizan necesariamente em torno de una religión civil, como pretendia Rousseau, pero sí en torno a una flerte filosofía de la civilidade que consagra las três normas, expressadas normalmente em las sociedades contemporâneas de la seguinte forma: 1) derechos humanos, 2) igualdad y no discriminación, y 3) democracia.

O Brasil figura entre os onze países latino-americanos e os sete países europeus que adotaram o regime jurídico da separação entre Igreja e Estado. (ORO, 2011). Atualmente, como já mencionado, essa disposição vem insculpida no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, conquanto, o fundamento do presente trabalho é trazer à tona o fato de vivenciarmos uma laicidade na teoria e não na prática, culminando em uma laicidade mascarada, dessa forma



seguem outros alguns exemplos em que pode vislumbrar a adoção de preferência a igreja católica por parte do Estado.

Um bom exemplo de preferência concedida a igreja católica pelo Estado está nas escolas públicas, a qual se encarrega da doutrinação religiosa dos educadores, e quando o Estado financia centros educativos particulares religiosos, torna-se relativo o princípio de laicidade e de diversas liberdades públicas, pois se promove desta maneira uma determinada religião. Dessa forma o ensino religioso do tipo doutrinal resulta em uma clara violação da separação Igreja e do Estado. (HUACO, 2008, p. 63)

No âmbito legislativo, há dois exemplos que precisam ser mencionados. Em uma determinada cidade do Rio Grande do Sul, a câmara de vereadores aprovou uma lei no ano de 2006 que estabelecia a obrigatoriedade da leitura diária da bíblia nas escolas públicas do município. O que parecia um fato isolado em uma cidade inexpressiva no cenário nacional adquire novo significado quando, em 2007, a Assembleia Legislativa do estado de São Paulo aprova, em decisão unânime, um projeto intitulado “Deus na escola”, cujo objetivo é promover o ensino religioso nas escolas da rede estadual de ensino. Fatos que violam o princípio da laicidade preconizado pelo Estado constitucional (LOREA, KNAUTH, 2010, p. 38).

De mesmo modo a presença de crucifixos em lugares públicos como escolas, hospitais, prisões, parlamentos, e até mesmo em tribunais, aponta na direção da preferência pela igreja católica, o que por si só viola o dispositivo legal de separação Igreja-Estado e franqueia um tratamento desigual entre as religiões, posto que assegura um privilégio para as religiões cristãs, o catolicismo sobretudo. Isto mostra que a pretensa neutralidade do Estado em relação à religião, subentendida na noção de separação entre o poder temporal e o espiritual, constitui mais um ideal teórico do que uma realidade prática. (ORO, 2011, p. 227; 229). Nesse contexto Charles Taylor é enfático ao dizer que “cuando se trata del lenguaje oficial del Estado, las referencias religiosas tienen que ser borradas” (TAYLOR, 2011, p. 53).

Outro exemplo que vale a leitura, agora no Executivo, é referente a tensão existente no discurso da presidência da República, quando faz algum pronunciamento público sobre a questão da descriminalização do aborto. Ora sustenta a necessidade de que o tema seja enfrentado como uma questão de saúde pública, ora afirma que não há necessidade de qualquer alteração na legislação vigente. (LOREA, KNAUTH, 2010, p. 39). Sabe-se que a temática referente a descriminalização do aborto está diretamente relacionada ao posicionamento contrário da igreja católica em face do aborto.

Nessa seara, o Cristianismo, a partir de 450 d.C, enquadrou o aborto entre os pecados de lascívia e contra a união matrimonial. Até hoje a igreja se posiciona contrariamente ao aborto, pois o crime de aborto é visto como uma agressão ao casamento. (TEODORO, 2008, p. 70).

Foi, então, a partir da igreja católica que o aborto passou a ser equiparado com homicídio, e passou também a ser punido como tal, e a igreja determinou que quem praticasse aborto seria excomungado. (TESSARO, 2008, p. 23)



Outra situação importante a ser mencionada e mostra que o Brasil constitui a laicidade mais como um ideal teórico do que uma realidade prática, refere-se sobre a assinatura, do então Presidente Lula, de uma concordata com a Santa Sé. Negando-se a fazê-lo por ocasião da visita do Papa Ratzinger ao Brasil, em maio de 2007, em virtude da cobertura por parte dos importantes veículos da mídia nacional, o que fez em viagem ao Vaticano, em novembro de 2008. (LOREA, KNAUTH, 2010, p. 39)

É justamente com esses exemplos e essa maneira de ser e agir do Estado em questões religiosas e de certas políticas públicas, como, por exemplo, a criminalização do aborto, que questiona a laicidade do Estado – assim entendido como leigo e secular. (SCALQUETTE, 2008, p. 125)

Por todas essas razões, é forçoso reconhecer que o Brasil, mesmo sendo dito um estado laico contemporâneo não se mostra isento de conteúdos religiosos. Em seu seio convivem as crenças religiosas enquanto tal e também conteúdos religiosos em roupagem secular. (GALLEGO, 2010, p. 288)

Destarte, chega-se à conclusão de que deveras há um viés religioso no Estado, mesmo este se declarando laico não se mostra isento de conteúdo religioso ao positivar leis que são veiculadas pela religião, quer seja com posturas e valores morais, quer seja como intérprete da lei natural, assim o Estado não é laico, possui sim uma roupagem secular, mas ao analisarmos o sentido sociológico, como já dito, concluímos que não há laicidade no Estado, ou, que há uma laicidade mascarada, ou ainda, trata-se apenas de um ideal teórico que não se concretiza na prática. (SCALQUETTE, 2008, p. 129).

Nessa linha de pensamento, Roberto Blancarte aduz que,

Certamente, a laicidade, como a democracia, com a qual tem um parentesco bem estreito, não é um estado de coisas que tenha um horizonte limitado e alcançável; sempre se amplia, e não se pode falar de Estados que sejam absolutamente laicos, em virtude de que persistem em maior ou menor grau elementos religiosos ou cívico-sacralizados em seu interior. (2008, p. 23)

Marco Huaco explica o que ocorre diante dessa laicidade que não se torna uma realidade prática.

A laicidade é um princípio de convivência onde o gozo dos direitos fundamentais e as liberdades públicas podem alcançar maior extensão e profundidade, sendo completamente contrária a um regime que procure sufocar as liberdades religiosas de pessoas e instituições. Assim é, pois a laicidade permite a convivência de diferentes formas de conceber o mundo, sem a necessidade que elas tenham que sacrificar sua identidade distinta em prol de um igualitarismo uniformizador que ignora as peculiaridades próprias, mas sem que isso signifique irromper com um caótico concerto de vozes discrepantes e concepções antagônicas incapazes de coexistir





socialmente com base em pressupostos comuns e mínimos de convivência. (2008, p. 45)

É importante mencionar que obviamente o Estado laico não deve ser entendido como uma instituição anti-religiosa. Em verdade, o Estado Laico é a primeira organização política que garantiu as liberdades religiosas.

Há que lembrar que a liberdade de crença, a liberdade de culto e a tolerância religiosa foram aceitas graças ao Estado laico, e não como oposição a ele. (BLANCARTE, 2008, p. 29)

Em suma, o que se deve evitar em um Estado laico-democrático é, por um lado, a tentação de usar religioso para buscar uma legitimidade política, já que precisamente ao fazer isso se enfraquece a verdadeira fonte de autoridade do Estado laico-democrático, que é o povo.

E, por outro lado, a tentação é a que alguns políticos têm de serem usados para cumprir os fins sócio-políticos de grupos religiosos, o que tem acontecido com frequência na contemporaneidade. Sobretudo, porque geralmente fazem parte de grupos de autoridades religiosas que nem sequer expressam a vontade de seus seguidores. (BLANCARTE, 2008, p. 29).

Segundo o entendimento de Charles Taylor, entre a razão secular e o pensamento religioso, a preferência é pela razão secular, uma vez que esta basta para alcançar as conclusões normativas que necessitamos, como estabelecer a legitimidade do estado democrático e definir a nossa ética política, pois nossa capacidade de raciocinar é definida como autônoma e autossuficiente, de tal forma que a razão bem empregada não toma nada da fé em nenhum sentido do termo. Taylor, ainda exemplifica que o Estado não pode ser nem cristão, nem muçulmano e nem judeu. Porém, naturalmente que o Estado, por ser democrático, acabará aprovando leis que reflitam as convicções de seus cidadãos, os quais, sim, serão cristãos, muçulmanos ou judeus. (TAYLOR, 2011, p. 53, 59, 54).

Conquanto, notadamente, o Estado brasileiro e a igreja católica, apesar da separação legal e do pluralismo religioso que foi sendo construído no país ao longo do tempo, sempre mantiveram certa proximidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A laicidade supõe a separação do poder do Estado e da Igreja e vai além, pois supõe também o não privilégio a nenhuma religião, está relacionada a democracia e liberdade religiosa, liberdade de crer e também de não crer.

O presente artigo fala em uma laicidade que está positivada na legislação brasileira, mas que, no entanto, mais constitui um ideal teórico do que uma realidade na prática, isso devido a presença marcante da igreja católica em determinadas questões atinentes ao Estado. Apesar de o Brasil ter evoluído de uma época totalmente dominada pela Igreja Católica, esta continua até hoje a perpetuar seus dogmas.

Em verdade, em que pese o Estado ser dito laico, e isto vir positivado constitucionalmente, o Estado brasileiro deve dispensar tratamento igualitário a



todas as crenças religiosas, incluindo a não crença, sem adotar nenhuma religião como sua oficial, tampouco conceder privilégios a qualquer uma, entretanto, há uma nítida preferência que o Estado disfarçadamente concede a Igreja Católica, por outro lado, o Estado tem o dever de garantir que todos possam exercer suas convicções e crenças livremente.

Como pode ser visto na tomada de decisões por parte do Estado e grande influência exercida pelo catolicismo, pois se verifica que o catolicismo é muito presente na atualidade, inclusive, dentro do ensino público do país, razão pela qual o presente estudo traz em seu título “um ideal teórico”.

A laicidade de um Estado é, na verdade, um instrumento essencial para a garantia da liberdade religiosa, e não o contrário, portanto nesta perspectiva, todos os cidadãos podem professar sua fé livremente e as organizações religiosas podem elaborar seus estatutos como lhes convier desde que não violem direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BLANCARTE, Roberto. ***O porquê de um Estado Laico. Em defesa das liberdades laicas.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALLEGO, Roberto de Almeida. ***O sagrado na esfera pública.*** São Paulo, 2010.

HABERMAS, Jürgen. ***El sentido racional de una herencia de la teología política. El poder da religión en la esfera pública.*** Madrid: Trotta, 2011.

HUACO, Marco. ***A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. Em defesa das liberdades laicas.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LAFER, Celso. ***"Estado laico". O Estado de S. Paulo.*** 2007.

LOREA, Roberto Arraiada. KNAUTH, Daniela Riva. ***Cidadania Sexual e Laicidade. Um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MACHADO, Jónatas E. M. ***Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa. Entre o teísmo e o (neo) ateísmo.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. ***O Estado Laico e a Liberdade Religiosa.*** São Paulo: LTR, 2011.



NETO, Jayme Weingartner. ***Liberdade Religiosa na Constituição. Fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ORO, Ari Pedro. ***A laicidade no Brasil e no Ocidente Algumas considerações.*** V.11. Porto Alegre: Civitas, 2011.

ORO, Ari Pedro. ***A laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica. Em defesa das liberdades laicas.*** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. ***A Liberdade de Organização Religiosa e o Estado Laico Brasileiro.*** São Paulo: Editora Mackenzie, 2007.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. ***História do Direito. Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estado e religião.*** São Paulo: Atlas, 2013.

TAYLOR, Charles. ***Por qué necesitamos una redefinición radical del secularismo. El poder de la religión en la esfera pública.*** Madrid: Trotta, 2011.

TEODORO, Frediano José Momesso. ***Aborto Eugênico: Delito qualificado pelo preconceito ou discriminação.*** Curitiba: Juruá, 2008.

TESSARO, Anelise. ***Aborto Seletivo.*** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.



## **DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: VISÃO CRÍTICA EM RELAÇÃO À EFETIVAÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS POR PARTE DO PODER PÚBLICO<sup>1</sup>**

*Gerson Osvaldo de Souza<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente artigo fará abordagem crítica em relação à efetivação das normas protetivas em face das pessoas com deficiência, partindo do viés multiculturalista, da necessidade do reconhecimento e da garantia ao direito à diferença, como substratos de políticas públicas, pertinente às minorias portadoras de deficiência, incursionando pelo sistema legislativo pátrio de proteção às pessoas com deficiência, enveredando para demonstração de que as normas protetivas desses direitos fundamentais não estão implementadas, de forma satisfatória, pelo Poder Público.

Considerando-se a premência de se construir uma sociedade inclusiva, que assegure às pessoas em condição socialmente vulnerável, dignidade, cidadania, interação social, bem-estar pessoal e socioeconômico, com igualdade de oportunidades, por meio do pleno exercício de seus direitos, tem-se como problema do trabalho a seguinte formulação: O Poder Público vem dando efetividade, *sponte propria*, à tutela jurídica das pessoas com deficiência?

Como objetivo geral, o trabalho visa promover estudo crítico sobre a não efetivação dos direitos fundamentais das pessoas deficientes por parte do Poder Público, não obstante a existência de robusto sistema legislativo pátrio protetivo dessa minoria da sociedade, portadora de deficiência (física ou mental).

Como objetivo específico, o artigo tem por escopo: a) Indicar a importância do multiculturalismo (pelo viés das minorias portadoras de deficiência), da necessidade de reconhecimento e da garantia do direito à diferença, como matrizes teóricas, na luta pela implementação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência por parte do poder público; b) Discorrer sobre a legislação brasileira protetiva dos direitos das pessoas com deficiência, partindo de preceitos constitucionais, passando pela ratificação de convenção internacional de direitos humanos em relação ao tema e ingressando nos diplomas legislativos em vigor pertinentes ao tema; c) Demonstrar a insuficiência de ações para a implementação desses direitos pelo

<sup>1</sup> Extrato do Pré-projeto de Pesquisa do PPGDireito – Mestrado Universidades Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS.

<sup>2</sup> Graduado em Direito no Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo/RS (IESA); Pós-graduado em Direito Público, pela Universidade Anhanguera, Uniderp, Brasil; Mestrando do PPGDireito – Mestrado Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.



Poder Público, na busca de efetiva implementação desses direitos fundamentais.

O método será o dedutivo, partindo do geral para o particular. Os procedimentos para atingir os objetivos serão os métodos lógicos e comparativos. A técnica utilizada será a pesquisa documental e bibliográfica.

## DESENVOLVIMENTO

### **1. Da importância do multiculturalismo (pelo viés das minorias portadoras de deficiência), da necessidade de reconhecimento e do direito à diferença, como matrizes teóricas, na luta pela implementação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência:**

Durante estudos preparatórios para exame de admissão do Processo de Seleção de candidatos ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI – MESTRADO/2016 – *Direito e Multiculturalismo e Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito* –, bem como para vislumbrar linha de pesquisa a ser seguida na elaboração do pré-projeto, foi possível tomar contato com o fascinante tema do Multiculturalismo como substrato para elaboração de políticas de cidadania.

Em leituras realizadas sobre o tema, deparou-se com a obra *Multiculturalismo e Direito*, organizado pelas Doutoradas Angelita Maria Maders, Liliana Locatelli e Rosângela Angelin, publicado pela Editora da Uri, Campus Santo Ângelo, no ano de 2012.

No bojo da aludida obra evidencia-se considerações úteis ao presente artigo, em especial no que diz respeito ao texto contemplado no primeiro capítulo da obra, da lavra de Angelita Maria Maders e Isabel Cristina Brettas Duarte, que traz por título *O que é isto – Multiculturalismo?*.

A publicação aponta que o multiculturalismo, “como processo de reivindicação identitária” (MADERS; LOCATELLI e ANGELIN, 2012, p. 33) teria principiado por volta de 1960, pelo movimento popular norte americano intitulado “Panteras Negras”.

A partir desse movimento, muitos outros se seguiram, merecendo especial destaque os movimentos feministas e dos homossexuais.

O bem lançado trabalho oferece a oportunidade de um primeiro contato com o termo multiculturalismo, restando apontado algumas das inúmeras concepções do termo, levando-se em consideração a diversidade cultural dos últimos tempos.

Contribui para o presente trabalho algumas construções encetadas no texto em testilha. Uma primeira contribuição diz respeito à interpretação endereçada ao aludido termo, qual seja, interpretação ampliada da democracia (MADERS; LOCATELLI e ANGELIN, 2012, pp. 29-30). Veja-se:

O multiculturalismo implica pluralismo, hibridismo e, por isso, chegou a ser considerado uma interpretação ampliada da democracia,



embora fosse cunhado de diferentes formas mundo afora. Em razão disso, não é fácil mapear-se seus diferentes usos, muito menos avaliar seus múltiplos significados.

Resta ressaltado, na aludida compilação, que a expressão multiculturalismo, assim como a expressão cultura, não possui um significado único, aliás, como já se viu acima.

Não obstante, não resta dúvida de que multiculturalismo é sinônimo de pluralismo e consagra a coexistência das diferenças, consoante verte do relato das autoras (MADERS; LOCATELLI e ANGELIN, 2012, pp. 33-34):

Por aceitar a possibilidade de posicionamentos diversos sobre o mesmo tema, combatendo o pensamento único, ele é considerado pluralista abolindo o pensamento único. Nele há um diálogo entre culturas diversas que prezam por sua convivência pacífica e com resultados positivos a ambas. A coexistência das diferenças é, pois, tida como um aspecto positivo nas lutas por reconhecimento inerentes aos conflitos multiculturais.

A expressão também pode, segundo as estudiosas (MADERS; LOCATELLI e ANGELIN, 2012, pp. 33-34), ser compreendida como forma de combate às culturas homogeneizadoras, que excluem e colocam à margem da sociedade algumas minorias que a integram:

O multiculturalismo está, então, estritamente vinculado com termos como diversidade étnica e racial, hibridismo, identidades, políticas e culturas, com como com questões de origem sexual. Ele implica transição de uma cultura homogênea para culturas, visando à inclusão dos excluídos, dos que estão à margem da cultura, estando, portanto, no cerne da "guerra de culturas".

Seguindo na leitura do texto em comento, encontra-se a afirmação de que, para aqueles que defendem o multiculturalismo, sua manutenção nas sociedades democráticas é tida "como um fenômeno que inclui as minorias oprimidas, as culturas periféricas" (MADERS; LOCATELLI e ANGELIN, 2012, p. 34).

No entanto, não apenas em relação à diversidade cultural que o multiculturalismo encontra guarida.

Prosseguindo nas leituras de textos sobre multiculturalismo foi possível manter contato com o artigo *Multiculturalismo: como viver juntos?*, da lavra de Mary Del Priore.

Fragmento desse trabalho aponta que multiculturalismo designa tanto um fato como uma forma de política, que visa coexistência entre diferentes, nos seguintes termos (DEL PRIORI, 2011, p. 9):

O termo "multiculturalismo" designa tanto um fato (sociedades são compostas de grupos culturalmente distintos) quanto uma política (colocada em funcionamento em níveis diferentes) visando à



coexistência pacífica entre grupos étnica e culturalmente diferentes (DEL PRIORE, 2011, p. 9).

A Historiadora aponta, ainda, que a “doutrina multiculturalista avança essencialmente a ideia de que as culturas minoritárias são discriminadas e devem merecer reconhecimento público”, apontando que é “o Direito que vai permitir colocar em movimento as condições de uma sociedade multicultural” (DEL PRIORE, 2011, p. 9).

Esclarece a Autora que o multiculturalismo não se reduz apenas a questões de etnicidade culturais, mas também alcança outras particularidades que formam minorias (DEL PRIORE, 2011, p. 10): “As reivindicações se enraízam cada vez mais sobre no particularismo dos mores (preferências sexuais, por exemplo), de idade, de traços ou de deficiências (obesos, cegos, paraplégicos)”.

Portanto, o multiculturalismo também diz respeito as pessoa portadoras de deficiência, considerando que tal parcela da população brasileira pode ser enquadrada como minoria, colocado de lado em nossa sociedade, como se verá adiante.

Dessa forma, o multiculturalismo se mostra doutrina importante na luta pela implementação dos direitos fundamentais das pessoa portadoras de deficiência, como forma de combate à exclusão e como medida de inclusão dessa minoria.

No que toca à necessidade do reconhecimento, importantes contribuições para o presente artigo provêm da obra *A Luta pelo Reconhecimento*, de Axel Honneth, na qual o filósofo alemão desenvolve sua Teoria Crítica em relação à Filosofia do Reconhecimento.

Para Honneth, numa apertada síntese, o conflito social é inerente à formação da intersubjetividade e do sujeito.

A partir desse conflito é que se dá a organização das obrigações que permitam o reconhecimento recíproco entre os integrantes de uma sociedade.

Nesse mister, buscou desenvolver uma teoria crítica de base normativa, com o escopo de avaliar as motivações dos movimentos sociais durante o travamento de conflitos sociais, especialmente quando relativos a denegação de direitos individuais.

Mas em relação à obra telada, o artigo se referirá à parte do capítulo atinente aos padrões de reconhecimento intersubjetivo, relacionados ao reconhecimento pelo Direito.

Em relação a isso, Honneth sustenta que um sistema jurídico de reconhecimento deve ser compreendido como sistema de valores universais, alcançável por todos os integrantes de uma sociedade (HONNETH, 2003, p. 181):

[...] o sistema jurídico precisa ser entendido de agora em diante como expressão dos interesses universalizáveis de todos os membros da sociedade, de sorte que ele não admita mais, segundo sua pretensão, exceções e privilégios



No entanto, para que o sistema jurídico seja expressão de interesses de todos os membros de uma sociedade, é preciso que seus membros sejam capazes de assentir os ditames do sistema vigente.

O exercício dessa capacidade de assentir somente poderá ser exercida se os membros da coletividade forem seres livres e iguais entre si, dentro do sistema social em que vivem. É o que sustenta o filósofo (HONNETH, 2003, pp. 179-180):

Visto que desse modo uma disposição para a obediência de normas jurídicas só pode ser esperada dos parceiros de interação quando eles puderam assentir a elas, em princípio, como seres livres e iguais, migra para a relação de reconhecimento do direito uma nova forma de reciprocidade, altamente exigente: obedecendo a mesma lei, os sujeitos de direito se reconhecem reciprocamente como pessoas capazes de decidir com autonomia individual sobre normas morais.

Diante disso, o sociólogo alemão levanta duas questões: “que caráter deve demonstrar uma forma de reconhecimento em realce em todos os outros membros da comunidade jurídica” (HONNETH, 2003, p. 182) a mesma propriedade de autonomia individual; “o que pode permitir que os outros sujeitos se reconheçam” (HONNETH, 2003, p. 182) moralmente na relações jurídicas.

Na resposta a esses dois questionamentos, o Autor afirmou que a forma de reconhecimento mencionada não deve levar em consideração atributos pessoais dos integrantes da sociedade, com base no papel social que o indivíduo desempenha dentro da sociedade.

Argumenta o Estudioso que não há falar-se em reconhecimento com base no *status* social do indivíduo, sistema adotado antes da modernidade, mas sim com base no reconhecimento individual desse indivíduo, a despeito do papel desempenhado por ele na coletividade.

Na ótica do Autor, o reconhecimento jurídico, na modernidade, deve alcançar a todos os sujeitos, indistintamente e na mesma medida, desconsiderando-se o seu *status* social (HONNETH, 2003, p. 183).

[...] com a passagem para a modernidade, os direitos individuais se desligam das expectativas concretas específicas dos papéis sociais, uma vez que em princípio eles competem de agora em diante, em igual medida, a todo homem na qualidade de ser livre, então já é dada com isso uma indicação indireta acerca do novo caráter do reconhecimento jurídico.

Depreende-se, assim, a necessidade de, na expressão do autor, desacoplamento das expressões reconhecimento jurídico e estima social.

Enquanto o primeiro considera o ser humano, indistintamente, um fim em si mesmo, o segundo considera e valora o indivíduo a partir das suas realizações individuais dentro da coletividade.

É dentro do reconhecimento jurídico que se estabelece particularidades básicas que permitem reconhecer ao indivíduo a sua capacidade de titularizar





direitos e a possibilidade de adjudicar esses direitos, circunstâncias essas que são pertinentes ao presente trabalho.

Para tal, é imperioso conceber que tais sujeitos de direitos aderiram ao sistema jurídico de forma racional e livre.

Mais, que aderiram ao sistema jurídico em condições de participar das decisões da sociedade e de desempenhar suas atribuições individuais de forma independente e satisfatória.

Somente assim, segundo Honneth (2003, p. 195) os sujeitos poderão se reconhecer reciprocamente com iguais, gerando o autorrespeito.

[...] só com a formação de direitos básicos universais, uma forma de auto-respeito dessa espécie pode assumir o caráter que lhe é sornado quando se fala da imputabilidade moral como o cerne, digno de respeito, de uma pessoa; pois só sob as condições em que direitos universais não são mais adjudicados de maneira díspar aos membros de grupos sociais definidos por *status*, mas, em princípio, de maneira igualitária a todos os homens como seres livres, a pessoa de direito individual poderá ver neles um parâmetro para que a capacidade de formação do juízo autônomo encontre reconhecimento nela.

Dessa forma, não basta apenas que ao indivíduo seja atribuída a capacidade para titularizar direitos, mas também a de adjudicar os direitos que lhes são atribuídos.

E a possibilidade de adjudicação dos direitos somente será possível se os indivíduos, solapados do reconhecimento jurídico, puderem exercer suas individualidades dentro de um nível de vida compatível para isso e serem reconhecidos pelos demais integrantes da sociedade a partir dessas individualidades.

Não há como um indivíduo, despido de reconhecimento social, vivendo em condições pessoais que afrontam dignidade humana, ser considerado capaz de aderir a um ordenamento jurídico de forma racional.

Nessa perceptiva, cita-se, mais uma vez, Honneth (2003, p. 193):

Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno: entretentes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso.

Destarte, resta evidenciada a necessidade de efetivar o reconhecimento jurídico das pessoas portadoras de deficiência.

Para que isso ocorra, imperioso que se reconheça capacidade de titulação e adjudicação de direitos a esta considerável parcela da nossa sociedade, o que somente se dará por meio do reconhecimento e da inclusão.

Aqui, portanto, a contribuição da necessidade do reconhecimento para o presente trabalho.



No que diz respeito ao direito à diferença, importantes contribuições para o presente artigo foram encontradas na obra *O Direito à Diferença*, de Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

Na parte introdutória da obra, o Autor aponta a alteração do significado do princípio da igualdade (direito de segunda geração) pelo novo constitucionalismo, no sentido de centrá-lo no princípio da dignidade da pessoa humana, impondo a toda forma de produção legislativa do Estado a obrigação de observância dessa nova qualificação do direito de igualdade, notadamente em relação às minorias étnicas e sociais (CRUZ, 2009, p. 11):

Avançando mais 50 (cinquenta) anos, vamos nos deparar com um novo Constitucionalismo, cuja síntese alterou sensivelmente o significado do princípio da igualdade, pois passou a centrar-se no princípio da igualdade humana. A pessoa humana não pode mais ser vista de forma abstrata e distante, tornando-se um concreto/palpável. O programa normativo densifica-se nas múltiplas facetas e diferenciações da humanidade, particularizando-se na defesa dos hipossuficientes, especialmente das minorias étnicas e sociais.

Nesse diapasão, evidencia-se a necessidade de a legislação pátria, lastreada nessa nova valoração do princípio da igualdade, como um dos corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, editar regramentos que observem as particulares das minorias, em especial as pessoas portadoras de deficiência.

Nesse particular, cita-se o magistério do Autor (CRUZ, 2009, p. 12) supra mencionado:

Por conseguinte, a preocupação atual volta-se para o respeito aos direitos humanos em função das particularidades individuais e coletivas dos diferentes grupamentos humanos, os quais se distinguem por fatores tais como a origem, o sexo, a opção sexual, a raça, a idade, a sanidade, a realização etc.

Sob essa perspectiva, o pluralismo eleva-se à condição de princípio indissociável da ideia de dignidade humana, exigindo do Estado e da Sociedade a proteção de todos “os outros”, diferentes de nós pelos aspectos acima mencionados.

De outra banda, não obstante o ordenamento legislativo pátrio deva observância aos direitos humanos, em função das peculiaridades individuais e coletivas dos diferentes agrupamentos humanos, especialmente em relação àqueles que se encontram excluídos do exercício do direito fundamental da igualdade, importa inquirir até que ponto pode a legislação diferenciar ou qual o limite dessa diferenciação, quando da busca da observância do princípio da igualdade.

Quais as balizas a serem observadas pelas legislação quando da diferenciação na busca do igualização e inclusão?

Aqui mais uma vez imperioso mencionar o magistério de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o qual aponta a necessidade de se reconstruir não apenas o



conceito do direito fundamental à igualdade, mas também o conceito de “seu irmão univitelino, o direito à diferença” (CRUZ, 2009, p. 13).

Em relação ao direito à diferença, Cruz sustenta a essencialidade da discriminação dos diferentes como “elemento indissociável da democracia”, bem como que, nesse particular, “mais do que lícitas, algumas discriminações são legítimas e justificáveis, seja nos juízos de universalização das normas, seja naqueles de adequabilidade das mesmas aos casos concretos” (CRUZ, 2009, p. 13).

Nesse ponto, ao ingressar no conceito de discriminação, CRUZ (2009, p. 15) assinala, inicialmente, que, com base na sistematização de das construções nas Convenções Internacionais sobre a eliminação das formas de discriminação, discriminação é:

...toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituição de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critérios como raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica, que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos políticos, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada.

No entanto, o Professor Adjunto da PUC-MG esclarece que nem toda a discriminação é “odiosa ou incompatível com os preceitos constitucionais”, indicando que por vezes “é necessário e indispensável para a garantia do próprio princípio da isonomia” (CRUZ, 2009, p. 15) estabelecer algumas diferenças de tratamento no âmbito do Direito.

Destarte, o direito à diferença, centrado no princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma que o é o direito à igualdade, também é matriz teórica relevante na luta pela implementação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

## **2. Da legislação brasileira protetiva dos direitos das pessoas com deficiência (preceitos constitucionais, ratificação de Convenção Internacional de Direitos Humanos, diplomas legislativos em vigor pertinentes ao tema):**

Ato contínuo, parte-se, então, para a análise do arcabouço legislativo nacional, dedicado à proteção das pessoas portadoras de deficiência física, na forma que segue.

Nesse desiderato, preliminarmente, constata-se a presença de proteção das pessoas com deficiência na leitura dos artigos 1º e 3º, da CF (BRASIL, Constituição Federal), haja vista a valorização dos direitos fundamentais, dispensados pela Constituição Federal, na construção do Estado Democrático de Direito. Veja-se:



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Um passo adiante, verifica-se-se que o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência, por meio do Decreto nº 6.949/2009 (BRASIL, Decreto nº 6.949/2009), conferindo “status” de Emenda Constitucional à aludida Convenção, eis que incorporada ao ordenamento constitucional nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/88 (BRASIL, Constituição Federal).

Cita-se a ementa do Decreto e seus considerandos:

Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008;

Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008.

Na mesma vertente constitucional, depara-se com o art. 227 da CF/88 (BRASIL, Constituição Federal).

Da leitura do aludido dispositivo constitucional evidencia-se a preocupação do Poder Constituinte Originário e Reformador com a proteção das pessoas com deficiência.



No parágrafo primeiro do dispositivo em testilha, resta asseverado que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde dos menores (crianças, adolescentes, jovens).

Um pouco mais adiante, já no inciso dois do mencionado parágrafo, denota-se a obrigação estatal de criar programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência.

Na mesma toada está o parágrafo segundo do aludido dispositivo constitucional, o qual reza que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Eis os dispositivos mencionados (BRASIL, Constituição Federal):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

No plano infraconstitucional, localiza-se uma série de diplomas legais relativos ao tema, tais como a Lei nº 7.853/1989 (BRASIL, Lei Integração



Social da Pessoa Portadora de Necessidades Especiais); a Lei nº 10.098/2000 (BRASIL, Lei da Promoção de Acessibilidade); a Lei nº 10.048/2000 (BRASIL, Lei do Atendimento Prioritário); e a Lei nº 7.405/1985 (BRASIL, Lei do Símbolo Internacional do Acesso), dentre outros.

Por último, importa recordar o recente advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015), mais novo regramento sobre o tema, sobre o qual cabe tecer alguns comentários.

Inicialmente pende referir que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe algumas modificações, deveras significativas, no que diz respeito ao instituto da capacidade civil.

Uma delas foi a revogação dos incisos do art. 3º do Código Civil (BRASIL, Código Civil) e a alteração da redação da cabeça do artigo mencionado, alterações essas que permitiram considerar as pessoas portadoras de deficiências com capacidade civil plena, ou seja, em regra, capazes plenamente.

Assim, as causas mencionadas nos então vigentes incisos II (os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos) e III (os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade) não mais impõem a pecha de incapazes civis os portadores de deficiência.

Gize-se que o conteúdo do então revogado inciso III (os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade) passou a integrar os casos de incapacidade relativa, nos termos do atual art. 4º, III, do Código Civil (BRASIL, Código Civil).

Dessa forma, apenas excepcionalmente os indivíduos que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade poderão ser considerados relativamente incapazes, nos termos do artigo acima mencionado, demandando-se, para tal, do pertinente processo de interdição, ao cabo do qual o incapaz relativo será ao instituto da curatela.

Vejam-se os artigos mencionados alhures em suas atuais redações (BRASIL, Código Civil):

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

IV - os pródigos.



Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

Portanto, a pessoa portadora de deficiência, em regra, é plenamente capaz para os autos da vida civil.

Acaso a sua deficiência venha a embaraçar a sua possibilidade de praticar, pessoalmente, os atos da vida civil, em razão de causa transitória ou permanente que a impeça de exprimir sua vontade, é que poderá ter sua capacidade civil reduzida, no entanto, não absolutamente.

Nesse caso, tal pessoa será considerada apenas relativamente incapaz, tratamento menos gravoso que o anterior, quando pessoas nessas circunstâncias seriam consideradas absolutamente incapazes.

Mas a preocupação do legislador em reduzir a capacidade do portador de deficiência não para por aí.

Ressalte-se, ainda, que, para o reconhecimento da incapacidade relativa, obrigatório a instauração de processo judicial, quando, então, o relativamente incapaz será submetido à curatela.

Nessa direção o disposto no art. 1.767, I, do CC (BRASIL, Código Civil):

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

E dentro desse processo judicial o magistrado deverá decidir a medida da redução da capacidade do cidadão, levando em consideração as peculiaridades pessoais de demandado, notadamente o estado e desenvolvimento mental, as características pessoais do interditando, suas potencialidades habilidades, vontades e preferências.

É o que reza o art. 755 do Código de Processo Civil (BRASIL, Código de Processo Civil):

Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

Além disso, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência contempla, em seu âmago, a ideia de que a deficiência, por si só, não afeta a capacidade civil de seus portadores, circunstância que vai ao encontro da ideia de reconhecimento e inclusão dessa fração da sociedade.

Nesse sentido o art. 6º da Lei 13.146/2015 (BRASIL, Lei nº 13.146/2015):

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:



- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Desta maneira, resta evidenciado que o sistema legislativo pátrio é robusto no que toca à proteção das pessoas com deficiência, acolhendo, inclusive, convenção internacional sobre o tema, com “status” de emenda constitucional.

Digno de nota, no ponto, o procedimento mais dificultoso para o reconhecimento de possível incapacidade civil das pessoas portadoras de deficiência na atual quadra, prevalecendo a regra de sua capacidade plena, a despeito de eventual descapacitação pessoal. Ou seja, tudo está a evidenciar que, ao menos em relação à edição de estatutos legislativos, o Brasil demonstra preocupação com as pessoas descapacitadas.

### **3. Da insuficiência de ações para a implementação direitos da pessoa portadora de deficiência pelo Poder Público:**

No presente subtítulo será salientado que, não obstante o Brasil possua sistema legislativo de considerável envergadura em relação à proteção das pessoas portadores de deficiência, a proteção legislativa não apresenta efetividade, eis as ações do Poder Público, voltadas à implementação desses direitos, demonstram-se insuficientes.

Inicialmente, releva notar que o último Censo Demográfico, realizado pelo IBGE, no ano de 2010, divulgado em 27 de abril de 2012, apontou que mais de 45,6 milhões de brasileiros declararam ter alguma deficiência (IBGE).

Segundo análise econômica de Jefferson Mariano, publicada no sítio eletrônico *deficiencia.com.br*, o número de pessoas com deficiência no País é alto. Na aludida reportagem, o analista apontou a necessidade de adoção de políticas para incluir essa parcela da população no mercado de trabalho (DEFICIENTE FÍSICO).

Em razão disso, especialistas, organizações não governamentais e representantes da sociedade civil indicaram intenção de denunciar o Brasil junto à ONU, segundo notícia veiculada no sítio eletrônico da ONG UHELP (atualmente o endereço eletrônico da ONG é [www.revistaincluir.com.br](http://www.revistaincluir.com.br)).

E de fato a denúncia acabou sendo ofertada junto ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, em desfavor do Brasil.

Segundo reportagem veiculada no dia 31 de agosto de 2015, no sítio eletrônico do deficiente físico (DEFICIENTE FÍSICO), da lavra de Vera Garcia,





pedagoga e blogueira, reproduzindo notícia estampada no Jornal O Estado de São Paulo, o Brasil foi denunciado à ONU pelas pessoas indicadas pela ONG acima apontada, em razão de o governo brasileiro não estar garantindo acesso ao transporte, educação e saúde a milhões de pessoas com deficiência.

Desborda da notícia que um informe foi apresentado aos peritos da ONU, apontando que o deficiente brasileiro ainda enfrenta sérias dificuldades para ter acesso aos mesmos locais que o restante da população em razão de vários motivos, em especial por falta de infraestrutura adequada e por falta de treinamento de professores, motoristas e gestores.

A falta de acesso foi indicada como a maior barreira a ser superado pelo Brasil. Observou-se que a Lei nº 10.098/2000 (BRASIL, Lei da Promoção de Acessibilidade) previa que até o ano de 2010 todo o transporte público deveria ser adaptado, obrigação que não se concretizou até então.

Ressaltou-se, ainda, que as adaptações para implementar a acessibilidade não foram levadas a efeito em relação aos metrô, trens e outros tipos de transporte.

A mesma desídia foi apontada em relação à implementação de medidas que permitissem acesso aos deficientes aos prédios públicos.

Mas não só em relação aos prédios públicos foi mencionada a não implementação das medidas de acesso. Segundo o documento, no setor privado, as construtoras também não tem observados as medidas de acessibilidade, quando da construções de apartamentos, bem como quando da construção de locais públicos, negligenciando a acessibilidade em banheiros e locais de circulação, em especial em relação aos cadeirantes.

Em relação às escolas, o periódico apontou a ausência de assistência especializada como barreira ainda não superada.

Cita-se, no ponto, a observação contida na reportagem (DEFICIENTE FÍSICO): “Em 2008, 93 mil estudantes com deficiência foram inscritos na rede pública. Em 2014, esse número caiu para 61 mil”.

Ao que parece, após o Brasil incorporar a sua Constituição a Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência, por meio do Decreto nº 6.949/2009 (BRASIL, Decreto nº 6.949/2009) o acesso das pessoas com deficiência às escolas piorou.

Pois bem, em razão da denúncia ofertada junto à ONU, no dia 04 de setembro de 2015, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU emitiu recomendações ao governo brasileiro, em relação às políticas inclusivas de pessoas com deficiência.

Tais recomendações devem servir de base, nos anos vindouros, às ações do governo brasileiro, o qual deverá remeter àquele órgão novo relatório, informando os avanços no cumprimento dessas recomendações, as quais devem ser observadas até 01 de setembro de 2022 (ONUBR Nações Unidas - CRPD/C/BRA/CO/1).

Na oportunidade, o Comitê reconheceu a importância de o Brasil ter atribuído à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência equivalência de Emenda Constitucional, ao mesmo tempo em que apontou preocupação com a falta de uma estratégia para implementar o



modelo de direitos humanos da pessoa portadora de deficiência, estabelecido na Convenção, com vistas a harmonizar a legislação, políticas e programas do Estado brasileiro a esta última.

A recomendação demonstrou inquietação acerca da ausência de adoção de um modelo de direitos humanos frente à deficiência, apontando a necessidade de rever políticas e programas voltados aos direitos das pessoas com deficiência, tendo em vista que estes se apresentaram restritos ou denegatórios, bem como a revisão dos serviços e benefícios destinados às pessoas com deficiência, para evitar a segregação ou exclusão desse público.

O Comitê demonstrou receio, também, com o fato de o Estatuto das Pessoas com Deficiência não estar cumprindo todas as obrigações do Estado em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instando o Brasil a tomar medidas imediatas para colocar o Estatuto das Pessoas com Deficiência em pleno alinhamento com a Convenção adotada.

Outra aflição da Comissão diz respeito à falta de mecanismos em vigor para a participação das pessoas com deficiência, através das suas organizações representativas, nos processos de tomada de decisões relativas à implementação da Convenção.

Além disso, o Comitê recomenda que o Estado brasileiro adote um mecanismo de consulta sistemáticas com as pessoas com deficiência, por meio de suas organizações representativas, sobre as políticas, programas e legislação relativas à implementação da Convenção.

O Comitê também recomenda que o Brasil implemente, imediatamente, os resultados de todas as conferências nacionais sobre os direitos das pessoas com deficiência, incluindo as propostas da III Conferência Nacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ocorrida no ano de 2012, em Brasília/DF.

Portanto, não resta dúvida que as ações para a implementação direitos da pessoa portadora de deficiência, por parte do Poder Público, apresentam-se deveras insuficientes na atual quadra.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Ao cabo do presente artigo, evidencia-se que os objetivos a que se propôs o presente estudo crítico foram atingidos, alcançando-se resposta negativa ao problema formulado no início trabalho, qual seja, que o Poder Público não tem efetivado, *sponte própria*, os direitos fundamentais das pessoas deficientes, a despeito do lastro legislativo protetivo em nosso País.

Durante o desenrolar do trabalho foi possível aferir a importância das matrizes teóricas do multiculturalismo (pelo viés das minorias portadoras de deficiência), da necessidade de reconhecimento e da garantia do direito à diferença, na luta pela implementação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Sem sobra de dúvidas, as pessoas portadoras de deficiência compõem minoria colocada à margem da sociedade brasileira, demandando ações para



sua construção identitária, para que possam ser reconhecidos a partir de suas individualidades, atribuindo-lhes capacidade de titularizar e adjudicar direitos, numa sociedade de iguais. Impõe-se, ainda, a observância ao direito à diferença em relação a tal parcela da sociedade, centrado no princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma que o é o direito à igualdade.

No andar do presente artigo discorreu-se sobre a legislação brasileira protetiva dos direitos das pessoas com deficiência, ocasião em que foi possível verificar a existência de abundantes estatutos legislativos nacionais em vigor, fazendo-se referência a preceitos constitucionais, ratificação de convenção internacional de direitos humanos e diplomas legislativos infraconstitucionais a contemplar o tema.

Além disso, demonstrou-se a insuficiência de ações para a implementação desses direitos pelo Poder Público, na busca de efetiva implementação desses direitos fundamentais.

A insuficiência de ação nesse sentido redundou, inclusive, na denúncia do Brasil junto ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

Em razão da aludida denúncia, em 04 de setembro de 2015, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU emitiu recomendações ao governo brasileiro, em relação às políticas inclusivas de pessoas com deficiência, as quais deverão ser observadas até 01 de setembro de 2022.

Dessarte, em razão das constatações terçadas acima, torna-se pertinente o presente estudo crítico.

## REFERÊNCIAS:

BRASIL, **Constituição Federal**, Disponível em: [\[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.405/1985**. Disponível em: [\[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7405.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7405.htm). Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.853/1989**. Disponível em: [\[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7853.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm). Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.048/2000**. Disponível em: [\[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10048.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10048.htm). Acesso em: 20 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.098/2000**. Disponível em: [\[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10098.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm). Acesso em: 20 out. 2015.



\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406/2002.** Disponível em:  
[[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10406.htm)]. Acesso em: 29 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105/2015.** Disponível em:  
[[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)].  
Acesso em: 29 set. 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença.** 3ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

DEL PRIORE, Mary. **Multiculturalismo: ou de como viver junto?** Disponível em: <http://cdnbi.tvescola.org.br>. Acesso em: 02 out. 2015.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais/** tradução de Luiz Repa. - São Paulo: Ed. 34, 2003.

MADERS, Angelita Maria; LOCATELLI, Liliana; ANGELIN, Rosângela. **Multiculturalismo e direito** – Santo Ângelo: FURI, 2012.

[www.deficienteciente.com.br](http://www.deficienteciente.com.br), acesso em 20 de outubro de 2015.

[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br), acesso em 20 de outubro de 2015.

[www.nacoesunidas.org](http://www.nacoesunidas.org), acesso em 20 de outubro de 2015.

[www.uhelp.com](http://www.uhelp.com) acesso em 20 de outubro de 2015.

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br), acesso em 20 de outubro de 2015.



## DIREITOS HUMANOS, CONFLITOS ARMADOS E REFUGIADOS

*Guilherme Henrique Tavares Diniz<sup>1</sup>  
Sinara Camera<sup>2</sup>  
Linha I – Direito e Multiculturalismo*

### RESUMO

O presente ensaio tem como objetivo geral analisar a situação da proteção oferecida pela comunidade internacional aos refugiados que migram por motivo de conflito armado, a partir do caso da Somália. Para tanto a análise foi dividida em três momentos. Primeiramente faz-se um resgate histórico de acontecimentos pertinentes ao processo de construção e afirmação dos direitos humanos. Em um segundo momento traçam-se as notas da proteção internacional conferida aos refugiados que deverá respaldar a proteção específica aos refugiados pelos Estados e pela comunidade internacional, bem como os mecanismos protetivos dos quais dispõem. Por fim, analisa-se a situação do conflito na Somália, assim como o seu reflexo nos Estados que destinaram parte do seu território para receber refugiados somalis em campos de refugiados criados pelo ACNUR.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Conflitos Armados. Refugiados. Somália.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando as pessoas têm que deixar suas casas para escapar da perseguição ou conflito armado, toda uma gama de direitos humanos são violados, incluindo o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, o direito de não ser submetido à tortura ou outros tratamentos degradantes, o direito à privacidade e à vida familiar, o direito à liberdade de circulação e residência, bem como o direito a não ser submetido a um exílio arbitrário.  
Sadako Osaka

<sup>1</sup> Acadêmico do 4º Semestre do Curso de Graduação em Direito. Bolsista do Projeto de Pesquisa **Estado, Direitos Humanos e Cooperação Internacional**, coordenado pela Professora Dr.<sup>a</sup> Sinara Camera, desenvolvido no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. E-mail: guilherme\_diniz7@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPANHA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (MILA/UFSM/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: aiacamera@hotmail.com



A problemática atinente aos refugiados é tema atual e de relevância para os Estados e para a comunidade internacional que comungam dos ideais de sua proteção, reconhecendo a sua condição de vulnerabilidade. O tema a que se dedica o estudo aqui delineado analisa a proteção internacional dos refugiados. Como delimitação temática, têm-se o sistema global de proteção dos refugiados como fundamento dos mecanismos oferecidos pela comunidade internacional para garantir a segurança dos refugiados que migram por força de conflitos armados, especificamente no caso Somália.

Historicamente, o dilema derivado da questão dos refugiados nunca foi a falta de conhecimento da causa, mas a falta de interesse em dar-lhe solução suficiente, verificando-se resultados paliativos ao longo do tempo. Muito mais do que definir quem são os refugiados, o desafio da temática é a garantia dos direitos humanos, da proteção aos seres humanos que migram e/ou que se estabelecem em campos de refugiados. A proteção aos refugiados tem de ir além de todas as questões que os tocam, tem de ultrapassar as questões que permeiam a fundamentação/delimitação. É fato que os direitos humanos extrapolam os limites estatais, porém a realidade é que quando isso acontece, como no caso dos refugiados, apesar de eles não deixarem de acompanhar os seres humanos, demandam ações específicas para a sua proteção. Entretanto, tais ações estão descoladas do estado de origem desses migrantes, o que exige a atuação de outros estados individualmente, da comunidade internacional e/ou de organizações não governamentais.

O objetivo geral deste trabalho é pesquisar como se dá a atuação da comunidade internacional, para a proteção dos refugiados que migram por força de conflitos armados. Para tanto, os objetivos específicos são: a) analisar processo de afirmação dos direitos humanos, a sua concepção contemporânea e a instituição de um sistema global de proteção; b) estudar as normativas na esfera global, bem como os mecanismos de efetivação que a comunidade internacional dispõe para a proteção dos refugiados; c) investigar os casos de espaços em conflitos armados que apresentam refugiados que migram em razão dos conflitos; d) realizar estudo de caso sobre o caso dos refugiados da Somália.

Pretende-se com o presente ensaio analisar a situação da proteção oferecida pela comunidade internacional aos refugiados que migram por motivo de conflito armado, a partir do caso da Somália. Para tanto a análise foi dividida em dois momentos. Primeiramente traçam-se as notas da proteção internacional conferida aos refugiados que deverá respaldar a proteção específica aos refugiados pelos Estados e pela comunidade internacional, bem como os mecanismos protetivos dos quais dispõem. Em um segundo momento analisa-se a situação do conflito na Somália, assim como o seu reflexo nos Estados que destinaram parte do seu território para receber refugiados somalis em campos de refugiados criados pelo ACNUR.



## **1 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO DE UM SISTEMA GLOBAL**

Apesar de compreendidos como direitos naturais, e inerentes ao ser humanos, os direitos humanos passaram a ser a principal temática da comunidade internacional, somente no século XX. A internacionalização dos direitos humanos surge no cenário do pós-guerra, quando inúmeras desumanidades foram cometidas contra a raça humana. Antes, não havia qualquer limitação à atuação dos Estados, portanto estes poderiam agir – pela soberania – de forma discricionária para com os indivíduos.

Tem-se como precedentes imediatos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de uma construção internacional de normativas e mecanismos de proteção, o Direito Humanitário, a Liga das Nações<sup>3</sup> e a Organização Internacional do Trabalho. Essas iniciativas formam a pedra angular da construção do conceito de direitos humanos, através destes, nasce um novo modo de caracterizá-los, não mais dependente da soberania dos Estados, mas acima desta.

[...] o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado. A Liga das Nações, por sua vez, veio a reforçar essa mesma concepção, apontando para necessidade de relativizar a soberania dos Estados. [...] a Organização Internacional do Trabalho tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar. (PIOVESAN, 2013, p.184-185).

O avanço nas limitações às atuações dos Estados em relação aos indivíduos tem como marco o movimento pós-2ª Guerra Mundial. Passa-se a compreender a necessidade de afirmar direitos que estariam a nortear a construção normativa dos Estados, o que acontece, de forma concreta, em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Reuniram-se 48 países que se consideravam Estados entre si, estes adotaram a DUDH, que consolidava a universalização de uma ética ao consagrar um consenso sobre valores a serem seguidos pelos Estados, e introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Compreende-se a DUDH, sobretudo, como introdutora de um novo prisma sobre direitos humanos. Essa concepção se fundamenta em dois conceitos-chave: a universalidade e a indivisibilidade desses direitos. A universalidade refere-se ao alcance dos direitos humanos, que tendem a ultrapassar as soberanias estatais, não é mais tarefa única dos Estados protegerem estes direitos, afirma-se o dever de todos os seres humanos, Estados, e da comunidade internacional nessa promoção. Já a indivisibilidade indica a interdependência entre todos os direitos, sejam sociais, políticos, civis,

<sup>3</sup> Em abril de 1946, o organismo foi dissolvido, transferindo as responsabilidades que ainda mantinha para a recém-criada Organização das Nações Unidas, a ONU. (CULLETON; BRAGATTO; FAJARDO, 2009, p. 109).



econômicos, culturais, religiosos ou transindividuais. O único requisito para ser titular desses direitos é ser humano. Entretanto:

A Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, que, por sua vez, não apresenta força de lei. O propósito da Declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais [...]. Por isso, como já aludido, a Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos”, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante. Os Estados membros das Nações Unidas têm, assim, a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos proclamados pela Declaração. (PIOVESAN, 2013, p. 208).

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foram criados dois documentos fundamentais à especificação de quais seriam os direitos humanos referidos na mesma: o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Em 1966, foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que passou a vigorar somente em 1976. O pacto enuncia os direitos:

1) à igualdade; 2) às liberdades (de locomoção, de associação, de reunião e de expressão); 3) ao julgamento justo e ao devido processo legal; 4) à vida; 5) à integridade física e à segurança pessoal; 6) à privacidade; 7) à paz; 8) à família; 9) ao casamento. (BENVENTURO, 2003, p. 21).

Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, embora aprovado em 1966, passa a vigorar também em 1976. Constam nesse pacto os seguintes direitos:

1) ao trabalho; 2) à associação em sindicatos; 3) à greve; 4) à previdência social; 5) à constituição e manutenção da família; 6) à proteção especial de crianças e adolescentes contra a exploração econômica e no trabalho; 7) à proteção contra a fome; 8) à cooperação internacional; 9) à saúde física e mental; 10) à educação; 11) ao respeito à cultura de cada povo e região; 12) ao progresso científico e técnico; 13) alimentação; 14) vestuário; 15) moradia adequada. (BENVENTURO, 2003, p. 22).

Feitos o reconhecimento e a positivação, cria-se um cenário extraordinário para os seres humanos, que se tornam sujeitos ativos, figuram como preocupação fundamental, acima da soberania, costumes, crenças, e das relações econômicas. É inquestionável a existência desse cenário, contudo emana a necessidade da sua efetivação plena através de instrumentos garantidores de eficácia real, um deles, o sistema global. Da esfera internacional, compreendem-se dois instrumentos principais, o sistema global formado pela ONU, e os sistemas regionais dos quais se destacam o africano,





européu e interamericano. O fundamento do sistema global é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Todavia, o próprio sistema global apresenta, atualmente, duas vertentes: o sistema geral, constituído pelo *International Bill of Rights*, e o sistema especial. A razão de ser da bipartição é o diferente alcance em relação aos sujeitos destinatários das normas protetoras. No sistema geral, o sujeito de direitos a quem as normas protetoras são endereçadas é toda e qualquer pessoa genericamente concebida, enquanto o sistema especial trata da proteção do indivíduo historicamente situado, concreto, na peculiaridade e particularidade de suas relações sociais, afirmando-se a sua identidade própria. (CULLETON; BRAGATTO; FAJARDO, 2009, p.108-109).

No que tange ao aspecto geral do sistema global, a Carta Internacional de Direitos Humanos ou a *International Bill of Rights* é formada pelo Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos<sup>4</sup>, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>5</sup> e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A especialidade do sistema global abrange as convenções compostas por mecanismos de proteções a direitos, (os relatórios elaborados pelos Estados que as ratificaram mais conhecidos como Estados-Partes), juntamente com um tribunal, de última instância, o Tribunal Penal Internacional<sup>6</sup>.

Mais tarde, houve a reiteração da Declaração Universal de 1948, pela Declaração de Direitos Humanos de Viena em 1993, tornando-se de fato universal pela quantidade de países que ratificaram, segundo ela:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionados entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos em forma global e de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e dando a todos o mesmo peso [...]. (ONU, 1993).

A Declaração de Viena e o Programa de Ação formam um instrumento, que teve como principais pontos positivos reanalisar princípios básicos da concepção contemporânea dos direitos humanos, estabelecidos pela DUDH e a legitimação a nível universal e sem reservas dos instrumentos de direitos

<sup>4</sup> O Brasil ratificou-o por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Até 22 de julho de 2008, 162 Estados o haviam ratificado. (CULLETON; BRAGATTO; FAJARDO, 2009, p. 116).

<sup>5</sup> O Brasil ratificou-o por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Até 22 de julho de 2008, o presente Pacto contava com 159 ratificações. (CULLETON; BRAGATTO; FAJARDO, 2009, p. 118).

<sup>6</sup> O Tribunal Penal Internacional foi criado pela Conferência de Roma, ocorrida em 17 de junho de 1998, que aprovou o seu Estatuto com 120 votos favoráveis, 7 contrários (China, Estados Unidos da América, Filipinas, Israel, Sri Lanka e Turquia) e com 21 abstenções; ele entrou em vigor em 1º de julho de 2002. (CULLETON; BRAGATTO; FAJARDO, 2009, p. 124).



humanos internacionais, tudo isso aconteceu no consenso de 171 Estados, que estabeleceram como objetivo comum da comunidade internacional o fortalecer e aperfeiçoar a proteção aos direitos humanos internacionalmente e assegurar que os direitos humanos, decorrentes da dignidade da pessoa humana sejam respeitados (BENVENUTO, 2003). A Declaração de Viena de 1993 também afirma que o direito ao desenvolvimento é um direito universal e inalienável, e faz parte dos direitos humanos fundamentais, também reconhece a relação de interdependência entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento (PIOVENSAN, 2006).

Apesar de os Estados nacionais, serem os agentes principais na proteção aos direitos humanos, possuindo, assim, a responsabilidade primária, à comunidade internacional cabe atuar de forma secundária quando o Estado não atua na proteção, ou pratica a violação. Nesse sentido está o desenvolvimento da proteção internacional em relação aos refugiados, objeto de análise da seção seguinte.

## **2 DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS: NORMATIVAS E MECANISMOS DE PROTEÇÃO**

A questão dos refugiados existe desde o século XV, porém a proteção por meio de normas internacionais só apareceu na segunda década do século XX, motivado principalmente pelo aumento desproporcional do número de indivíduos refugiados (de milhares para milhões). O desenvolvimento tardio de normas internacionais sobre a matéria dos refugiados deve-se ao tratamento dispensado para o problema, tratado como pontual, que logo findaria como ocorrera no passado. Por ocasião de não haver norma internacional sobre o tema, cada Estado agia pela discricionariedade, estipulando regras próprias para a entrada no seu território e, na maioria das vezes, não concedendo refúgio àqueles seres humanos que chegavam em numerosos grupos, sem qualquer quantidade monetária ou condição de sobrevivência adequada (JUBILUT, 2007).

Os refugiados são pessoas obrigadas a deixar o seu país, família, bens para buscar proteção ao bem maior, à vida, em outros países que não os de sua nacionalidade, e as migrações forçadas ocorrem por falhas na estrutura do próprio Estado, por políticas econômicas equivocadas, desordem, ou miséria, que culminam em graves violações à dignidade humana e os caracterizam como migrantes forçados, não existindo condições dignas que observem os direitos fundamentais e integrem os seres humanos afetados pelo processo de globalização econômica, financeira e comercial, que os faz migrar (MILESI, 2005). Conforme Douzinas,

Pessoas tornam-se refugiados não por seus atos criminosos ou revolucionários, mas por serem quem são. A maioria delas não fez nada errado, exceto fugir, mudar para o outro lado, atravessar fronteiras. Sua falta de direitos, a falta de personalidade legal, não é uma consequência de severa punição ou um sinal de extrema criminalidade, mas o acompanhamento da total inocência e do



movimento, de uma circulação de sacrifício. O refugiado é definido não pelo que fez ou faz - a característica definidora da moderna natureza humana - mas por quem ele é, por ser e não por sua ação para se tornar. Nisso, ele se associa aos grandes seres perigosos da modernidade, o louco, o homossexual, o judeu. Mas como sua ameaça está a caminho, ele também representa o grande perigo pós-moderno, o vírus. (2009, p. 154).

Duas características são marcantes sobre o instituto do refúgio, a primeira é que predominam na aplicação do refúgio, as situações que apresentam “[...] fortes violações dos direitos humanos, conflitos armados ou guerras.” Vale ressaltar que normalmente, os grandes fluxos de refugiados são originários de “[...] Estados sem grande expressão no cenário internacional.” (JUBILUT, 2007, p. 31).

No que tange às normativas internacionais para a proteção dos refugiados, destacam-se a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, ambos relativos ao Estatuto dos Refugiados, daí o início efetivo da sistematização internacional de proteção. A convenção assegura em seu artigo 1º, o status de refugiado a qualquer pessoa que:

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951, p.2).

A Convenção no seu artigo 33 garante o chamado princípio de *non-refoulement*, isto é, de não devolução pelo qual “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada [...]” pelos mesmos motivos supracitados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951, p. 15).

Na análise crítica de Jubilit (2007), a Convenção de 51 (redigida em conformidade com o Direito Internacional clássico, o qual tem a soberania como princípio absoluto) não estabelece um órgão responsável por sua interpretação. Cada Estado deve interpretá-la e resolver qualquer controvérsia aflorada na interpretação. Na prática é o ACNUR que divulga as diretrizes de interpretação. A Convenção não traz claramente o direito de asilo *lato sensu* consagrado no artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e não possibilita que essa definição seja renovada visando incluir a obrigação de conceder asilo, algo que a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 faz.

Ainda segundo a autora, o termo refugiado é um tanto limitado na convenção, vez que os motivos supramencionados relacionam-se minimamente a direitos civis e políticos. Pelas limitações e surgimento de



grupos que não se enquadravam na definição restritiva da Convenção de, foi aderido o Protocolo de 1967, este aboliu as reservas geográfica e temporal, conferindo maior amplitude e abrangência à definição. Entretanto, não fomentou a discussão da classificação de refugiados, permanecendo a limitada caracterização baseada na violação de direitos civis e políticos. Tal fato tem sido atribuído ao medo dos Estados desenvolvidos de uma ampliação do número de refugiados. Cumpre ressaltar o avanço na determinação do termo refugiado proposto pela ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA) responsável pelos acontecimentos que tocam os refugiados na África:

O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1969, p.2).

Nessa linha de evolução, “[...] a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (1984) vai além, ao estender proteção a vítimas de ‘violência generalizada’, ‘conflitos internos’ e ‘violações maciças de direitos humanos’.” (TRINDADE, 2003, p. 398). Para efetivar a proteção aos refugiados foi instituído, em 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), conforme seu Estatuto, é um trabalho puramente humanitário e apolítico, visa providenciar proteção internacional, buscar soluções permanentes para o problema dos refugiados e eliminar as causas do êxodo dos refugiados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1950). Localizado em Genebra, seu Alto Comissariado trabalha diretamente vinculado ao Secretário Geral da ONU,

[...] assim como os organismos que o antecederam, trazia em seu instrumento constitutivo a previsão de uma data para o término de suas atividades, mas que, contrariando tal determinação, perdura como o órgão responsável pela proteção internacional dos refugiados, diante da existência constante – constância percebida pela comunidade internacional – de situações que estimulam, ainda hoje, o surgimento de refugiados, justificando, assim, a sua existência. (JUBILUT, 2007, p. 26-27).

De acordo com Cançado Trindade (2003), as necessidades de proteção levaram o ACNUR a desenvolver duas novas etapas para a proteção: a prévia e a posterior. Na primeira, além da proteção, tem-se a prevenção e a solução (que pode ser duradoura ou permanente), tradicionalmente os olhares concentravam-se tão somente na etapa intermediária de proteção (leia-se refúgio). O eixo central do mandato do ACNUR ainda é a proteção, assim como a concessão de asilo e cumprimento do princípio de *não-devolução* ainda são fundamentos do Direito Internacional dos Refugiados. Na análise do autor, a



dimensão preventiva objetiva proteger as vítimas potenciais. Para tanto, incluem-se vários elementos, como a previsão de situações que possam gerar fluxos de refugiados. Os diversos dilemas (de natureza política, étnica, religiosa, de nacionalidade) não solucionados estimulam conflitos armados que geram êxodos e fluxos maciços de refugiados.

Quanto à etapa posterior, são três as estratégias de soluções duráveis do ACNUR: (1) a integração local, (2) a repatriação voluntária e (3) o reassentamento. A primeira solução consiste em adaptar o refugiado à sociedade do Estado de acolhida, tarefa que recebe um auxílio, de organizações não governamentais defensoras dos refugiados. A segunda solução, é a repatriação voluntária, é o regresso do refugiado ao seu país pelo fim dos motivos que o fizeram buscar refugio, é a melhor solução, não priva o indivíduo de sua origem, e por ser voluntária evita no processo de consumação da sua cidadania, traumas. A terceira solução consiste em realocar um refugiado, que não pode permanecer no Estado acolhedor, e com a ajuda monetária e política do ACNUR, integrar-se-á em outro Estado (JUBILUT, 2007).

Cançado Trindade (2003) observa que a etapa posterior, de estabelecimento de soluções duráveis, requer maior atenção à situação dos direitos humanos no país de origem, pois no momento em que estes não são respeitados no retorno dos refugiados à sua pátria, criam-se condições para novos êxodos e fluxos de refugiados, o que desencadeia um círculo vicioso. Portanto, a nova concepção adotada pelo ACNUR, contempla como elemento necessário e invariável o respeito aos direitos humanos nas etapas de prevenção, refúgio e solução duradoura. Quanto à perseguição:

O ACNUR estabelece [...] que perseguição é qualquer ameaça à vida ou à liberdade, devendo ser auferida tanto por critérios objetivos como por critérios subjetivos. Desse modo, pode-se dizer que há perseguição quando houver uma falha sistemática e duradoura na proteção de direitos do núcleo duro de direitos humanos, violação de direitos essenciais sem ameaça à vida do Estado, e a falta de realização de direitos programáticos havendo os recursos disponíveis para tal. (JUBILUT, 2007, p. 46).

Perante a ocorrência dos êxodos e fluxos maciços de refugiados o conceito individual de “perseguição” mostrou-se anacrônico e impraticável. O holofote voltou-se à responsabilidade do Estado na solução dos motivos que originam os fluxos de pessoas. A inadequação conceitual de quais são os indivíduos que precisam de proteção promove a extensão desta para pessoas que apresentam necessidades iguais, ou até mesmo maiores de proteção, como os deslocados internos.<sup>7</sup> De acordo com Cançado Trindade: “Isto

<sup>7</sup> Entende-se por deslocados internos pessoas que, por forças alheias às suas vontades, deixam seus lares, para proteger suas vidas, e buscar proteção em outra parte do território dentro do seu próprio Estado. São de responsabilidade do ACNUR a proteção, abrigo emergencial e coordenação de campos e gerenciamento de deslocados internos que estão nessa situação resultante da existência de conflitos. Segundo a ONU o número de refugiados



apresenta a vantagem de ampliar o âmbito de proteção, sem recair na polêmica sobre se o ACNUR tem ou não competência para estender a proteção dos refugiados aos deslocados internos.” (TRINDADE, 2003, p. 399).

A delimitação das pessoas que estão sobre a proteção do ACNUR, está no seu estatuto. Inicialmente, restringia-se aos refugiados, mas com a evolução da temática, incluíram-se os deslocados e outros determinados como de interesse do ACNUR, isto é, pessoas que se encontram em situação semelhante a dos refugiados. Nesta perspectiva, a extensão do mandato do ACNUR quanto ao conceito refúgio, abarca duas questões de notoriedade, os deslocados internos, e os refugiados ambientais<sup>8</sup>. Além da fiscalização, e da assistência, com o objetivo de atualizar as regras do Direito Internacional, visando sua adaptação, o ACNUR apresentou uma nova estratégia:

Trata-se da *Convention Plus*, que vem a ser “um esforço internacional iniciado e coordenado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)” e que tem como objetivo “melhorar mundialmente a proteção aos refugiados e facilitar resoluções dos problemas dos refugiados por meio de acordos especiais multilaterais”. (...) trabalha a partir da Convenção de 51 e do Protocolo de 67, mas tenta modernizá-los, em face dos maiores desafios enfrentados pelo Direito Internacional dos Refugiados (...) foca em três prioridades: “uso estratégico do reassentamento como uma ferramenta de proteção”; “enfoque mais efetivo no auxílio ao desenvolvimento” e “clarificação das responsabilidades dos Estados em casos de movimento irregular secundário”, que vem a ser a mudança irregular de um refugiado do Estado que o acolheu para outro. (JUBILUT, 2007, p. 162).

Das agências e órgãos criados para organizar a proteção internacional dos refugiados na história, o ACNUR é o que obteve maior sucesso no seu propósito, isso se fundamenta pelo recebimento de dois Prêmios Nobel da Paz (1954 e 1981), por permanecer ademais da previsão de sua data limite, pela criação de instrumentos jurídicos universais de proteção aos refugiados e, sobretudo, por caminhar junto à evolução da problemática dos refugiados, de forma a adaptar-se às novas questões, trazendo soluções e resposta acertadas ao tema (JUBILUT, 2007).

Existe uma relação estreita e múltipla entre a observância das normas relativas aos direitos humanos, os movimentos de refugiados e os problemas de proteção. As violações graves de direitos humanos provocam movimentos de refugiados, algumas vezes em escala maciça, e dificultam o logro de soluções duradouras para estas

---

no mundo está diminuindo desde 2001, ao mesmo tempo em que o número de deslocados internos vem aumentando (JUBILUT, 2007).

<sup>8</sup> Refugiados Ambientais são “[...] as pessoas que fugiram de suas casas por causa de mudanças ambientais que tornaram suas vidas ameaçadas ou insustentáveis [...]”. A ONU aponta que até o ano 2050 existirão 150 milhões de pessoas nessa condição e que o número atual de “refugiados ambientais” já é equivalente ao de refugiados (DERANI, 2006).



pessoas. Ao mesmo tempo, os princípios e práticas relativas aos direitos humanos proporcionam regras aos Estados e às organizações internacionais para o tratamento dos refugiados, repatriados e pessoas deslocadas. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1989, p. 25).

Sobre esta relação tripartite (muito bem observada pela CIREFCA) entre a observância dos direitos humanos, os fluxos de refugiados e a proteção dos mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional aos refugiados, que versará o próximo tópico. Este apresentará os resultados obtidos no estudo de caso sobre os refugiados somalis, que migram por força de conflito(s) armado(s).

### **3 REFUGIADOS E CONFLITOS ARMADOS: UM OLHAR SOBRE A SOMÁLIA**

Oriente, ano de 1960, segunda década de libertação da África, começa a história do “Inferno”, ou pelo menos, de um dos “infernos” africanos. Somália, África Oriental, as partes britânicas e italianas, enfim deixam o país, que se torna independente, formando a República Unida da Somália. O presidente eleito, Aden Abdullah Osman Daar, permanece no poder até 1967, onde é derrotado por Abdi Rashid Ali Shermarke nas eleições presidenciais (BBC, 2016).

O novo governo dura em torno de dois anos, quando é interrompido por um golpe de Estado. Muhammad Siad Barre assume o lugar vago, deixado por Shermarke que fora assassinado (BBC, 2016). De acordo com Faganello, “A Somália não se divide politicamente em função de religião, língua ou cultura. O fator político que demarca a sociedade é a fidelidade dos somalis aos clãs e subclãs a que pertencem.” (2013, p. 101). Afirma a autora que Barre explorou esse fator para permanecer no poder.

Entre 1969, e 1981 os problemas enfrentados pela ditadura de Barre, foram motivados pela guerra fria – entre os anos de 1970-1978 o país adotou como regime econômico o socialismo – e pelas secas, que deram origem a uma crise de subnutrição crônica. Foi no ano de 1981, quando alguns membros das tribos Mijertyn e Isaq foram excluídos do governo ditatorial, que este perdeu boa parte do apoio político e adquiriu opositores. O desfecho se deu dez anos mais tarde quando Muhammad Siad Barre foi deposto do poder, após três dias de sua deposição Ali Mahdi do subclã Abgal declarou-se presidente interino da Somália, gerando o conflito com o general Aidid do subclã Dabr Gedir. Nesse momento inicia-se uma disputa pelo poder entre generais de dois subclãs, (Mohamed Farah Aidid *versus* Ali Mahdi Mohamed) deixa milhões de feridos, a esta crise, soma-se a independência da Somalilândia, situada ao norte da Somália (BBC, 2016).

Em 1991 afundou-se o Estado na Somália, tendo como causas: a crise política, (isto é, a submissão do povo à luta dos clãs e suas milícias) acompanhada de uma crise econômica e da fome, anseios que levaram a uma



mobilização por parte da Comunidade Internacional. Os resultados foram pífios, os auxílios dificilmente chegavam aos aldeões, pois, eram fracionados entre os chefes de grupos, sobreviviam somente aqueles que possuíam armas, além disso, dois terços do envio evaporaram no trajeto e vinte caminhões da Cruz Vermelha foram desviados (BETTATI, 1996).

Ainda segundo o autor, em 1992, quinhentas crianças morriam por dia devido a essas ações de restrição promovidas pelas milícias que também se dedicavam a combates de rara violência, o mais poderoso dirigido pelo general Mohamed Aidid que de forma alguma aceitava o envio de força estrangeira. Bandos armados tomaram os centros de encaminhamento e distribuição e pilharam os fornecimentos dos navios ancorados bem como dos portos (BETTATI, 1996).

Como resposta a situação, o Conselho de Segurança editou a Resolução 733 (1992) que determinava a imposição de um embargo de armas ao país. Esta foi o início das decisões a respeito da Somália, seguida da Resolução 746 (1992) que conduziu à intervenção militar de tropas dos Estados Unidos sob a iniciativa das Nações Unidas, cabe ressaltar que essa atitude foi tomada a requerimento da Somália. Em seguida, no dia 24 de abril de 1992 foi adotada a Resolução 751 que estabeleceu a Operação das Nações Unidas na Somália, denominada de ONUSOM I<sup>9</sup>. Inicialmente, foram enviados cinquenta observadores da ONU à Somália, o principal escopo era construir um plano de ação que efetivasse a prestação da assistência humanitária de urgência (CAMERA, 2008).

Relata Faganello (2013), que as consultas feitas as partes conflitantes persistiram por dois meses, o acordo era que seria enviado somente pessoal desarmado à Somália. Porém, a situação no país se deteriorou, de tal forma que motivou a aprovação da Resolução 767 (1992), que consiste na autorização para que se utilizasse o auxílio aéreo, com o intuito de facilitar a atuação das Nações Unidas na prestação da ajuda humanitária. Dada a evolução do conflito<sup>10</sup>, o Secretário Geral solicitou ao Conselho de Segurança o envio de mais militares, o pedido foi autorizado pela Resolução 775 (1992), foram enviados 4.219 militares, além dos 50 observadores que já estavam na Somália.

Os militares encontraram sólida resistência das facções, descontentes com a decisão unilateral protagonizada pelas Nações Unidas. A insatisfação foi evidenciada quando o General Aidid proibiu militares em Mogadishu, e abriu fogo contra aqueles que faziam a segurança do aeroporto local.

<sup>9</sup> “A ONUSOM I, criada pela Resolução 751, tem, portanto igualmente como tarefa coordenar a ajuda humanitária e assegurar a segurança do encaminhamento dos auxílios.” (BETTATI, 1996, p. 180).

<sup>10</sup> “[...] ante o caráter peculiar da situação imperante na Somália (sem autoridade que pusesse fim ao caos da guerra civil e à anarquia que impediam o acesso da ajuda humanitária), acolhe o apoio logístico e material de vários Estados (de forma especial dos Estados Unidos), autoriza o aumento dos seus efeitos [...]” (CAMERA, 2008, p. 67).





Travou-se, então, uma queda de braço entre o General Aidid, que não aprovava o controle do aeroporto pela UNOSOM, e Mahdi, que apoiava o papel da missão de paz. A situação ficou insustentável a partir do momento em que não existia um governo capaz de assegurar a lei e a ordem no país, enquanto saques a armazéns e comboios, sequestros de carros e troca de tiros ocorriam a olhos vistos. (FAGANELLO, 2013, p. 105).

O ápice da UNOSOM I foi à adoção da Resolução 794, que traduz a ideia de “ameaça à paz e à segurança internacional”, pela qual era necessária a intervenção armada como único meio para a obtenção dos objetivos da intervenção, isto é, a efetiva distribuição de alimentos e ajuda médica. Foram dadas boas vindas em especial aos Estados Unidos,<sup>11</sup> e aos Estados membros que estivessem em condição de fornecer forças militares. Os resultados da ONUSOM I não foram satisfatórios, o que é reconhecido na Resolução 794. Conforme o autor, a ação humanitária e os seus movimentos inevitavelmente resultaram no uso da força, esta chamar-se-á *Restore hope*, se desenvolverá juntamente com as medidas tomadas pelas Nações Unidas (BETTATI, 1996). Tal afirmação é evidenciada pela Resolução 814, que institui a ONUSOM II, responsável por dar continuidade às tarefas empreendidas pela UNITAF.

Entretanto, a operação *Restore Hope* foi um fracasso completo. Os Estados Unidos chegaram a ter mais de 28 mil soldados no país. A ocupação durou cerca de 15 meses e resultou em 221 baixas norte-americanas (44 mortos e 177 feridos). Além disso, o Exército dos Estados Unidos sofreu uma das mais humilhantes derrotas da história militar do país ao tentar prender o líder guerrilheiro Mohamed Farad Aidid (CAMERA, 2008).

Em resposta, o presidente Clinton exigiu o retorno de todos os militares estadunidenses aos EUA. Sem o apoio dos Estados Unidos e sem perspectivas de solução do conflito, o Conselho de Segurança, por intermédio de várias resoluções como a 886 (1993) e a 923 (1994), renovou o mandato da UNOSOM II até 30 de setembro de 1994.

Em 17 de agosto, o Secretário-Geral reportou ao Conselho de Segurança que os conflitos no âmbito do clã dominante, Hawiye, ao qual pertenciam os Generais Aidid e Mahdi, constituíam o maior obstáculo à reconciliação nacional. Desse modo, não seria possível nenhum progresso político sem que uma solução fosse apresentada para sanar a contenda entre os subclãs de Hawiye. Frente à falta de perspectiva de encontrar uma solução viável para a questão da

---

<sup>11</sup> “A resposta do presidente estadunidense George Bush à resolução foi a decisão, em 4 de dezembro de 1992, de iniciar a *Operation Restore Hope*, na qual os EUA assumiam o comando militar da United Task Force (UNITAF) – missão multinacional formada por 24 países, autorizada pela Resolução 794 (1992) do Conselho de Segurança, fundamentada no capítulo VII e não submissa ao comando da ONU –, que tinha como mandato criar em parceria com a UNOSOM um ambiente seguro para a prestação de ajuda humanitária, podendo, para tanto, usar *all necessary means*. Até fevereiro de 1993, havia 24 mil militares estadunidenses e cerca de 13 mil homens de outras nacionalidades espalhados pela Somália, o que fazia da UNITAF a maior operação de alívio humanitário da história da ONU.” (FAGANELLO, 2013, p.106).



Somália, somando-se, ainda, o fato de as Nações Unidas terem feito todos os esforços nesse sentido, a Resolução 954 (1994), de 4 de novembro, decidiu que a UNOSOM II teria seu mandato renovado até 31 de março de 1995, quando encerraria seus trabalhos. (FAGANELLO, 2003, p. 111).

Em 21 de fevereiro de 1995, um acordo de paz foi assinado entre os Generais Aidid e Mahdi, em nome da *Somali National Alliance* e da *Somali Salvation Alliance*, objetivando a promoção, a reconciliação nacional e um ajuste pacífico. Os generais aceitaram dividir o poder, norteados por eleições democráticas, resolver as disputas por meio do diálogo e medidas pacíficas, e foi convencionada a abertura dos portos para o tráfego comercial. O resultado deste acordo foi que em 28 de março de 1995 a missão de paz foi completamente retirada da Somália (FAGANELLO, 2003).

Segundo Bettati, a retirada da ONUSOM II deixa a Somália exposta aos senhores da guerra. Reconheceu-se o insucesso político da operação, mas no plano humanitário foi um sucesso. Exceto para o Conselho de Segurança, detentor das informações de campo, bem diferentes daquelas veiculadas pelos meios de informação, que propalaram:

Ainda que tardiamente, a ONUSOM, as ONG, e os organismos doadores intervieram e, apesar das condições extremamente difíceis, tiveram êxito na contenção e finalmente na redução, de forma substancial do desastre humanitário (Quênia) [...]. O objetivo humanitário fundamental foi atingido. A fome já não ameaça a terra somali. Morrer de fome já não é uma ameaça para todo o povo (Nova Zelândia) [...]. Todas as informações provenientes da Somália concordam num ponto: a situação humanitária é bastante satisfatória (Djibouti) [...]. A Organização das Nações Unidas não falhou na sua tarefa na Somália (Nigéria) [...]. Não poderíamos ignorar o sucesso da ONUSOM no setor humanitário (Paquistão) [...]. Os piores aspectos da crise humanitária neste país foram ultrapassados (Argentina). Concordância de opiniões que contrasta com as ideias recolhidas sobre este assunto. (BETTATI, 1996, p.181-182).

As violações de direitos humanos provocadas pelos conflitos motivaram fluxos de refugiados somalis, notadamente a partir de 1991, ano em que o Estado afunda na Somália. Cumpre frisar o entendimento de que quando um ser humano é violado uma gama de direitos é igualmente violada, não só a vida ou liberdade, mas todos os outros direitos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, transindividuais) que tem como fundamento o caráter indivisível e interdependente, no momento em que um deles é negado, todos os outros também o são.

Como solução temporária para os refugiados que derivaram do conflito, a Comunidade Internacional construiu, em maio de 1991, em Dadaab no Quênia, campos de refugiados para abrigar os somalis. Conforme relatório do ACNUR, inicialmente foram projetadas três extensões entre 1991-1992: Ifo, Dagahaley e Hagadera, com possibilidade de abrigar até 30.000 pessoas cada. Um segundo fluxo de refugiados motivado pela fome e pela seca no Sul da



Somália, fez com que fossem desenvolvidos mais duas extensões (Ifo 2 e Kambioos) para abrigar os mais de 130 mil refugiados. Sem qualquer perspectiva de retorno a seu país, gerações de refugiados foram formadas, alguns dos refugiados inclusive possuem filhos e netos. O campo de refugiados possui plenas características de uma cidade, porém não possui reconhecimento legal ou jurídico que possibilitem sua oficialização (UNHCR, 2014).

No entanto, os campos, que deveriam ser temporários, até que se encontrasse uma solução duradoura, têm se mostrado definitivos. O maior campo de refugiados no mundo completa nesse ano 25 anos de existência. Dadaab está situado no nordeste do Quênia, a 100 quilômetros da fronteira, tem hoje uma população que gira em torno dos 335 mil habitantes<sup>12</sup>. Em contrapartida na Somália direitos humanos continuam sendo violados sistematicamente: o número de deslocados internos supera os 430 mil, além de que o número de refugiados somalis no mundo é maior do que 1,1 milhão, terceiro maior índice somente atrás do número de refugiados provenientes do Afeganistão (2,7 milhões) e da Síria (4,9 milhões). Aliás, cumpre ressaltar que mais de 54% dos refugiados provem destes três países supracitados, o que eles têm em comum? Conflitos internos que motivam grande parte das migrações (UNHCR, 2016).

No pior dos cenários, em comunicado oficial feito pelo ministro da Segurança Interna do Quênia, foi anunciada a decisão de fechamento dos campos até novembro de 2016. Um dos principais motivos alegados foi que os campos seriam uma ameaça à segurança. A decisão reflete o medo de que aconteça no Quênia o mesmo que na Somália, a entrada de extremistas Islâmicos do al-Shabab ligada à al-Qaeda. O ACNUR junto de algumas ONGs posicionaram-se de forma contrária à decisão pedindo que o governo reconsidere-a, alegam que seria uma violação ao princípio da não-devolução, um desastre humanitário (UNHCR, 2016).

A situação nos campos do Quênia, de acordo com o escritor norte-americano Ben Rawlence (que nos últimos cinco anos visita os campos) segue a lógica dos outros países hospedeiros, que impedem os refugiados de trabalhar, dessa forma cabe a ONU o envio de mais de cinco toneladas de alimentos (principalmente arroz e feijão) por mês, contudo, pelas limitações de recurso esses envios sofreram um corte de 30%. Conta o autor que os países que recebem refugiados costumam responder ao aumento das populações com restrições e políticas mais rígidas (2015).

O Quênia figura entre os mais rígidos, no ano passado, refugiados encontrados no lado de fora dos campos foram presos pela polícia no estádio nacional. “A vida em Dadaab e em todos os outros campos é um exercício

---

<sup>12</sup> Segundo dados do ACNUR, em 2011 esse número foi superior a 463 mil refugiados registrados, sem contar os muito mais não registrados. A mesma notícia relata a informação de que existem famílias de refugiados de até três gerações, das quais os filhos e netos nasceram nos campos (ACNUR, 2012).



diário de fabricação de esperança.” Provavelmente os membros da terceira geração de filhos passarão toda sua vida em Dadaab. Como resposta, deveria o governo do Quênia permitir aos refugiados liberdade de movimento, além de todos os direitos concedidos aos demais cidadãos, como por exemplo, o direito de viajar ao exterior e procurar trabalho legalmente, porém, infelizmente, a maré da opinião pública, tem se posicionado na direção oposta (RAWLENCE, 2015).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio centrou-se na temática da proteção internacional dos refugiados. Ao longo das análises buscou-se responder à pergunta que vem norteando a investigação: em que medida as migrações forçadas de conflitos armados encontram proteção suficiente nos mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional para garantir a segurança humana dos refugiados?

Dessa forma, é de extrema importância a compreensão de que os aspectos gerais e especiais do sistema global visam à garantia da proteção dos direitos humanos, independentemente do seu reconhecimento pelo Estado que pratique a violação em relação ao indivíduo ou grupo de indivíduos. Em se tratando de direitos humanos, extrapola-se o domínio reservado dos Estados, que possuem responsabilidade primária nessa proteção, e oferecem à comunidade internacional a capacidade de atuar de forma secundária.

Nesse sentido está a proteção de grupos de reconhecida vulnerabilidade como os refugiados, cuja situação avançou em proteção, notadamente a partir da segunda metade do século XX. A problemática, sempre tratada como algo que logo iria terminar, perdurou e se intensificou de tal forma, que hoje existem pessoas em situações análogas a de refugiados. Isso comprova a necessidade de ampliação do termo, como também do reconhecimento desses novos grupos, que de fato não sofrem perseguição, mas necessitam de proteção.

A importância do ACNUR é provada no tempo de sua existência, seus esforços vão além das ações programáticas previstas em seu estatuto, de forma a criar novos meios de proteção para ampliar o alcance da proteção, como também a garantia do mínimo existencial alicerçado na dignidade da pessoa humana. Além disso, é pertinente ressaltar que, no que tange ao Direito Internacional dos Refugiados, a atuação da sociedade civil é gradativamente relevante diante do mundo globalizado, isso se dá pelo fato de, a cada dia, a temática dos refugiados estar sendo mais difundida, e a compreensão de sua importância, mais amplificada.

É relevante reafirmar o que já está consagrado nos documentos internacionais sobre os refugiados: independente do motivo que os faz migrar eles são titulares de direitos humanos, que têm de ser respeitados em qualquer momento, circunstância ou lugar. São direitos inalienáveis e como tal, devem ser respeitados antes, durante e depois do seu êxodo ou do regresso aos seus lares, é responsabilidade comum dos Estados e da Comunidade Internacional



proporcionar o necessário para garantir o bem-estar e dignidade humana (ACNUR, 1994).

No presente estudo, ao se analisar os mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional para a proteção e garantia de direitos dos refugiados, verificou-se que tem se prestado à assistência e ao auxílio emergencial. Demonstrou-se que as questões que tocam os refugiados, não recebem a atenção merecida, muito disso acontece pelo fato de ocorrerem em países sem grande expressão no território nacional e pelo pensamento de que logo findarão como ocorrera no passado. Os instrumentos não têm se mostrado efetivos para soluções duráveis, conforme se pode confirmar no caso da Somália.

O fato de que existem campos no Quênia que deveriam ser temporários, mas alcançam a marca de mais de 25 anos deveria no mínimo provocar um sentimento de necessidade de reconstrução das respostas dispensadas aos problemas que surgem por força dos conflitos armados. Isso comprova que as soluções são paliativas, e mais, os últimos relatórios do ACNUR falam por si só, no momento em que apresentam a inalteração dos números de refugiados provenientes da Somália, ele permanece sendo de mais de 1,1 milhões de refugiados nos últimos dois relatórios.

Conviver com dados como o de que mais de 54% dos refugiados provêm de países em conflitos armados é assustador. Inexistem normativas específicas sobre conflitos armados e como proceder diante destes. O que se evidencia é um desinteresse pela causa das pessoas em situação de refúgio em lugares como a África, e/ou pela ampliação do conceito de refugiado, isso é comprovado nas funções desempenhadas pelo ACNUR, que extrapolam conceitos e, por vezes, até mesmo limites estatais em prol da segurança dos seres humanos, tal atuação é louvável.

O ponto em questão, é que são causadas inúmeras violações de direitos humanos nos deslocamentos maciços de pessoas e, portanto, a salvaguarda dos mesmos é elemento essencial tanto para a proteção dos deslocados como para a busca de soluções duradouras. Desse modo, a proteção dos direitos humanos e o fortalecimento dos sistemas democráticos são a melhor meio de prevenção dos conflitos, dos êxodos de refugiados e das graves crises humanitárias (ACNUR, 1994).

O respeito pelos direitos humanos é condição *sine qua nom* será possível à admissão e proteção eficaz dos refugiados nos países hospedeiros. Para solucionar os problemas relacionados aos refugiados, é necessário que ocorram melhoras na situação dos direitos humanos nos países de origem, só assim será possível a repatriação voluntária. A salvaguarda dos direitos humanos nestes países se torna também a forma pela qual serão prevenidas as condições que, de outro modo poderiam forçar as pessoas a tornarem-se refugiados (UNHCR, 1993).

Por fim, pode-se concluir que as migrações forçadas de conflitos armados não têm encontrado proteção suficiente nos mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional para garantir a segurança humana dos refugiados. A realidade é que as normativas e mecanismos de



proteção são insipientes, e que há certo despreparo da comunidade internacional para lidar com estes problemas. Isso é constatado nos relatórios disponíveis sobre a atuação na ONUSOM I e na ONUSOM II, o fato da retirada de poder bélico, quando não foram eficazes as suas atuações, atesta mais uma vez que o objetivo não é a solução das violações de direitos humanos e que tais violações não se encontram no centro das atenções da comunidade internacional.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **Declaração de San José sobre Refugiados e pessoas deslocadas.** Colóquio Internacional em Comemoração do Décimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados. 1994. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bpointer%5D=0&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sortimg,uid&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Buid%5D=592&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bmode%5D=1](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sortimg,uid&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=592&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1)>. Acesso em 18 set. 2016.

ACNUR. **Dadaab, o maior campo de refugiados do mundo, completa 20 anos.** 2012. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/dadaab-o-maior-campo-de-refugiados-do-mundo-completa-20-anos/>>. Acesso em: 02 set. 2016.

BBC. **Somalia profile – Timeline.** Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-africa-14094632>>. Acesso em: 07 set. 2016.

BENVENTURO, Jayme. **Manual de Direitos Humanos Internacionais.** São Paulo: Loyola, 2003.

BETTATI, Mario. **O Direito de Ingerência:** mutação da ordem internacional. Tradução de Ana Faria. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

CULLETON, Alfredo; BRAGATTO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DERANI, Cristiane. Refugiado ambiental. **Dicionário de Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

CAMERA, Sinara. **Da Intervenção à Solidariedade:** caminhos para uma nova ordem mundial. 2008. 123f. Dissertação (Mestrado em Integração Latino-Americana) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2008.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.



FAGANELLO, Priscila Liane Fett. **Operações de manutenção da paz da ONU**: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz. Brasília: FUNAG, 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

MILESI, Rosita. **Refugiados e Migrações Forçadas: Uma reflexão aos 20 anos da Declaração de Cartagena**. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/index.php/refugiados-as2/153-refugiados-emigracoes-forçadas-uma-reflexão-aos-20-anos-da-declaração-de-cartagena>>. Acesso em: 11 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos**. CIREFCA. Guatemala, 1989. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/cirefca\\_89-9\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/cirefca_89-9_esp.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. 1950. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bmode%5D=1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bpointer%5D=2&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bsort%5D=doctitle:1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Buid%5D=594](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=2&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle:1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=594)>. Acesso em: 18 set. 2016.

\_\_\_\_\_. ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)> Acesso em: 02 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África**. 1969. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bpointer%5D=0&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bmode%5D=1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Buid%5D=586](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=586)>. Acesso em: 02 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 1.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES . UNHCR. World Conference on Human Rights. **Statement by Mrs. Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees**. Vienna, 16 June 1993. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/admin/hcspeeches/3ae68fcc40/statement-mrs-sadako-ogata-united-nations-high-commissioner-refugees-world.html>>. Acesso em 18 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **UNHCR Dadaab and alinjugur, Kenya briefing note**. Geneva. 2014. Disponível em: <<https://data.unhcr.org/horn-of-africa/download.php?id=1375>>. Acesso em: 10 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Global Trends Forced Displacement in 2015**. Geneva. 2016. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/576408cd7>>. Acesso em: 03 set. 2016.

RAWLENCE, Ben. The Other Refugee Crisis. **The New York Times**, New York, Out. 2015. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2015/10/10/opinion/the-other-refugee-crisis.html>>. Acesso em 18 set. 2016.





## **ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: CONCRETIZANDO OS DIREITOS DE CIDADANIA COM RESPEITO AO DIREITOS HUMANOS E AO MULTICULTURALISMO NO BRASIL**

*João Martins Bertaso<sup>1</sup>  
Luthianne Perin Ferreira Lunard<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A retórica dos direitos humanos vem se tornando comum. No entanto, no mundo atual, no qual ainda persistem as guerras religiosas, as intolerâncias de raça, gênero, dentre outras, é difícil colocar-se em prática os belos discursos de defesa dos direitos humanos.

Quando se aborda essa questão dentro do âmbito territorial brasileiro, ainda que não tenhamos guerras declaradas, tem-se a questão do tráfico de drogas, que ceifa vidas diuturnamente, sem falar no desrespeito aos direitos mais básicos da população, como direito à saúde, educação, habitação e cultura

Nesse sentido, questiona-se acerca de como seria possível a concretização dos direitos do cidadão brasileiro, respeitando os direitos humanos e o multiculturalismo próprio deste país? Como uma possível solução, os estudiosos evidenciam a existência de um Estado Constitucional Cooperativo.

A existência desse Estado no Brasil representaria uma forma de abertura do processo de constitucionalismo para a participação popular na interpretação da Constituição, bem como pela inserção de normas que dizem respeito aos direitos humanos, tratando-os como legislações supranacionais, o que ocasionaria uma cidadania fortalecida, respeitando-se também a diversidade cultural de cada país.

O Supremo Tribunal Federal vem demonstrando a realização deste Estado Constitucional Cooperativo por meio de decisões que valorizam interpretações abertas da Constituição Federal, defendidas por autores como Peter Häberle, como é o caso da possibilidade da presença do *amicus curiae* naquela corte.

O presente artigo tem por finalidade, então, fazer uma breve análise sobre a possibilidade de concretização dos direitos de cidadania, com respeito aos direitos humanos e ao multiculturalismo, por meio desse Estado Constitucional Cooperativo. Para tanto será analisada a cidadania e sua

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Pós-doutorado pela UNISINOS. Professor pesquisador vinculado a URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Coordenador Acadêmico do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito/URI. Desenvolve pesquisa em cidadania, direitos humanos e psicanálise. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Novos Direitos na Sociedade Globalizada.

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa: Direito, cidadania e desenvolvimento. Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, RS. Advogada.



relação com os direitos humanos; os principais conceitos de cidadania, em especial o de T.H. Marshal; os Estados de Direito, Estado Liberal, Estado Social e o Estado Democrático de Direito; para, ao final, verificar acerca da existência de um Estado Constitucional Cooperativo no Brasil.

## 1. SOBRE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

Os direitos de cidadania, a despeito de constituírem-se em uma evolução para com outros tempos, ainda persistem de concretização efetiva. Por mais que a norma constitucional exista, sendo a Constituição Federal de 1988 ampla em abordar os direitos humanos fundamentais com grande gama, os mesmos não são efetivados.

Conforme Norberto Bobbio já dizia: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justifica-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 1992, p. 24)

Na visão de Lafer (1988), estudando o pensamento de Arendt, a cidadania consiste no direito a ter direitos. A autora estudada por Lafer, por ter sido uma refugiada, acaba por afirmar que “perder o *status civitatis* significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado-povo-Território” (LAFER, 1988, p. 147).

Cabe aqui frisar que cidadania e Direitos Humanos têm uma intrínseca ligação, no sentido de que sem Direitos Humanos respeitados não se tem uma cidadania fortalecida; sem uma cidadania fortalecida, os Direitos Humanos não têm como prosperar.

A evolução dos direitos de cidadania perpassam a evolução histórica dos Estados de Direito, iniciando com a Revolução Francesa e o nascimento do Estado Liberal de Direito. Nesta espécie, o homem passou a ter direitos contra o Estado, ou seja, este passou a ter suas ações limitadas pelos direitos dos cidadãos.

A partir de abusos cometidos no Estado Liberal, houve a necessidade de que o Estado interviesse nas relações promovendo direitos. Houve o advento do Estado Social, esse Estado passa a ter de garantir direitos, como uma obrigação de fazer, uma prestação positiva.

É importante mencionar que, nessa evolução, o cidadão começou a ser visto como a figura detentora dos direitos e deveres do homem, principalmente após a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mas realizada de forma mais eficiente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Após a adoção dessa última declaração, os direitos humanos passaram a ter sua projeção internacional, fazendo com que a cidadania, quando considerada o conjunto desses direitos, também passasse a ter a necessidade de ser garantida de forma mundial. De igual forma, os direitos humanos passaram a ser considerados universais, ou seja, todos os povos devem zelar pela observação e respeito a esses direitos, de maneira que devem fazer com



que suas políticas os respeitem, sob pena de serem responsabilizados internacionalmente.

Desse modo, não é possível falar em cidadania sem mencionar em direitos humanos, pois “a história universal da cidadania é a história da caminhada dos seres humanos para afirmarem sua dignidade e os direitos inerentes a todas as pessoas” (HERKENHOFF, 2001, p. 33). Conforme Herkenhoff, a própria história da cidadania é, de certa forma, a história dos direitos humanos e a história das lutas para a afirmação de valores éticos como a igualdade, a liberdade, a dignidade de todos os seres sem exceção, a proteção legal dos direitos, a sacralidade do trabalho e do trabalhador, a democracia e a justiça (HERKENHOFF, 2001, p. 33).

Darcísio Corrêa faz relação entre direitos humanos, cidadania e espaço público afirmando que o processo político de construção da cidadania “tem por objetivo fundamental oportunizar o acesso igualitário ao espaço público como condição de existência e sobrevivência dos homens enquanto integrantes de uma comunidade política” (CORRÊA, 2000, p. 221). O mesmo autor acrescenta ainda que “a formulação teórica do Estado e do direito não pode prescindir dos valores presentes nas relações sociais, uma vez que tanto Estado como direito são construções histórico-culturais, de que fazem parte os direitos humanos e a cidadania” (CORRÊA, 2000, p. 222).

Corrêa, citando Arendt, afirma que “a cidadania é um pressuposto necessário dos direitos humanos, ou seja, da realização da condição humana: ser tratado pelos outros como um semelhante” (CORRÊA, 2000, p. 192.). Diz ainda, que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos “e o direito a ter direitos só pode ser exigido pelo acesso pleno à ordem jurídica, característica esta própria da cidadania” (CORRÊA, 2000, p. 193). Nesse sentido, tratando da cidadania como sinônimo do conjunto dos direitos humanos, Bertaso observa o seguinte:

Em sua dinâmica, e apesar da dicotomia, ainda afirmada entre os direitos humanos e direitos do cidadão, a concepção moderna de cidadania civil, política, social e solidária, vai tornando-se sinônimo do conjunto dos direitos humanos. Transita-se da idéia do indivíduo, singularmente concebido, primeiro sujeito de direitos, para a idéia de entes coletivos que transcendem o indivíduo, como novos personagens e novos sujeitos de direitos, voltados a exercer e realizar a cidadania de forma mais ampla. (BERTASO, 2002, p. 423)

Assim é possível perceber que onde não há respeito aos direitos humanos, onde não são dadas condições para a concretização desses direitos humanos, não existe como a cidadania prosperar e se mostrar eficiente. Não existe como o cidadão sentir-se pleno em seus direitos e deveres onde não há garantias de que ele possa efetivamente exercer seus direitos e viver com dignidade, onde a pessoa humana seja na verdade subcidadão<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Para aprofundar o tema da subcidadania ver: SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: Para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.



Diz Bobbio que “direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos” (BOBBIO, 1992, p. 1.). Nessa mesma esteira, Bielefeldt afirma que, de um lado, “a democracia abraça os direitos humanos, pois direitos materiais somente assumem contornos concretos através do discurso democrático”, por outro lado, “os direitos humanos abraçam a democracia, uma vez que esta se constitui, por princípio, em parte central da declaração dos direitos humanos” (BIELEFELDT, 2000, p. 134).

Com relação à conceituação dos direitos humanos, mostra-se difícil fazê-la e, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc” (BOBBIO, 1992, p. 17).

Os direitos do homem modificaram-se ao longo dos anos. A própria história verifica essa modificação e demonstra que eles foram adaptando-se ao mundo conforme este foi se apresentando. Da maneira como as dificuldades se apresentavam, os direitos humanos foram surgindo ou modificando-se. Nesse sentido, segundo Bobbio, “pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948” (BOBBIO, 1992., p. 26).

Os direitos humanos podem ser divididos em três gerações, normalmente considerados pela doutrina como as seguintes: primeira geração, direitos civis e políticos; segunda geração, direitos econômicos e sociais; e terceira geração: direitos de solidariedade. Bobbio faz referência a essas fases, ou gerações, pelas quais os direitos humanos passaram, sem, no entanto poderem ser divididas em compartimentos totalmente separados, pois estas fases em dado momento histórico podem coexistir em locais diferentes. Em suas palavras:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmam-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concedendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado. (BOBBIO, 1992, p. 32/33).



Sobre essa divisão, é necessário também observar a visão de Silva e Accioly, que analisam as três categorias de direitos. Conforme esses autores, a doutrina tende a abordar essas três categorias através da sua evolução histórica, falando, em direitos de primeira, segunda e terceira geração, mas alguns condenam essa divisão, pois ela teria um caráter temporal, que muitas vezes não é identificado na prática. Eles evidenciam que quanto às duas primeiras, a sua existência não é contestada, o que não ocorre com os direitos de terceira geração (SILVA e ACCIOLY, 2002, p. 366). As gerações dos direitos humanos poderiam assim ser identificadas:

Os *direitos de primeira geração* são a reafirmação do direito à liberdade, em oposição à ação do Estado, que tem a obrigação de se abster de atos que possam representar a violação de tais direitos. São os direitos civis e políticos que abrangem o direito à vida e a uma nacionalidade, a liberdade de movimento e o direito de asilo, a proibição da tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, a proibição da escravidão, a liberdade de opinião e as atividades políticas e trabalhistas, etc.

Nos *direitos de segunda geração* a ênfase está nos direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais existe como que uma dívida da sociedade para com o indivíduo. Estes direitos, que só podem ser desfrutados com o auxílio do Estado, são o direito ao trabalho em condições justas favoráveis, o direito de pertencer a sindicatos, o direito à educação e cultura, o direito a um nível adequado de vida, o direito à seguridade e seguro social.

Os autores que defendem a existência de uma *terceira geração de direitos humanos* mencionam, além do direito a um ambiente sadio, o direito à paz, o direito ao *desenvolvimento* e o direito aos bens que constituem o *patrimônio comum da humanidade*. O que caracteriza esses direitos de terceira geração, também denominados *direitos sociais*, é que são desfrutados de maneira coletiva, ou seja, pelo indivíduo, pelo Estado e por outras entidades públicas e privadas. Mencionados com certa hesitação, verificamos que, com o passar dos anos, a noção vai-se consolidando, dando a alguns dos direitos já aludidos no passado, como o direito à paz, um novo enfoque. (SILVA e ACCIOLY, 2002, p. 367).

Sobre essa divisão em gerações de direitos, como já foi observado anteriormente, importante salientar que não é possível dividi-las em compartimentos estanques, uma vez que as mesmas se inter-relacionam e convivem num mesmo momento histórico. Conforme afirma Piovesan, “uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage”, assim, “se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação” (PIOVESAN, 1997, p. 160).

Ressalta-se que os direitos humanos de terceira geração, que inclui temas, como a defesa do meio ambiente, assumem importante papel no contexto atual, uma vez que o Estado mostra-se cada vez mais insuficiente para dar conta de tais direitos. Ainda, salienta-se que os direitos políticos, de primeira geração, ainda são, em tese, assegurados, pelo sufrágio, no entanto,



apenas para legitimar a ordem vigente, sem representar qualquer mudança que traga benefícios à população. Assim, o voto tão-somente não representa qualquer responsabilidade aos governantes de que os direitos sociais serão garantidos e respeitados.

Desse modo, é cada vez mais frequente observar-se o descaso dos “representantes do povo” para com seu eleitorado. Aqueles que deveriam representar e defender os direitos humanos trazidos pela constituição acabam por serem os principais responsáveis por sua inocuidade. E, em assim o fazendo, em momento algum são responsabilizados, deixando no ar a sensação de impunidade que assola o país. Diante dessa dura realidade, as garantias constitucionais vão perdendo sua validade e eficácia. Nessa mesma opinião está Bertaso, em suas palavras:

Se a democracia representativa não basta para proteger os direitos fundamentais e a igualdade dos deveres, dado que o Estado já não os garante, e se a cidadania nacional não se sustenta mais como fonte de poder interno, a Constituição vai perdendo a validade e os direitos vão perdendo a eficácia e as condições de possibilidades para se efetivarem. (BERTASO, 2002, Op. Cit., p. 426)

Assim, percebe-se a importância dos direitos humanos para a realização da cidadania plena. A cidadania, atualmente, como já foi afirmado, representa o conjunto desses direitos, e com isso precisa que esses direitos sejam garantidos para que ela seja, de igual forma, tornada real diante da população, para que não seja apenas uma quimera frente aos olhos dos indivíduos. Cidadania e direitos humanos caminham juntos e, por isso, estes últimos devem ser garantidos pelo Estado, sob pena de não realizar aquela.

Frisa-se que, no entanto, o Estado tem se mostrado insuficiente para dar conta de tais direitos, principalmente quando se fala em direitos das coletividades, os direitos de solidariedade. Quando menciona-se os direitos de solidariedade, realizados de forma coletiva, é imprescindível mencionar também que, com o advento da globalização econômica e dos novos atores internacionais, esses direitos ganharam uma nova proporção e projeção.

Ocorre que para a concretização dos direitos de cidadania como direitos humanos, os desafios são muitos. Conforme Bertaso e Lunardi:

Riscos ambientais, estado de violência,<sup>4</sup> excesso de individualismo, intolerância xenófoba ao diferente, entre outros tantos, são

---

<sup>4</sup> Trabalhamos com o conceito (incipiente) de “estado de violência” às formas de gestão dos conflitos sociais, que vem sendo postas pelas Instituições estatais, e estimuladas e difundidas por segmentos expressivos da *Mass mídia*, bem como por setores dotados de poderes que integram a sociedade civil. Inicialmente, Michel Foucault (Vigiar e Punir) nos mostrou como o Estado do *Ancien Regime*, designado por ele de Estado Territorial Soberano, se tornou num estado populacional e, mais tarde, num “estado disciplinar”. Esse modelo de estado objetivava produzir corpos saudáveis, ordenados e dóceis. Atualmente, o estado não é mais (ou somente disciplinar). Para Gilles Deleuze (1991) vivemos num estado de “controle”, que objetiva gerir e controlar a vida em sociedades de massa. Mas não busca controlar para atingir a disciplina e a



fenômenos locais/globais, que recrudescem exponencialmente desde o final do último século, e que estimula refletir sobre a transparência da gestão pública em estados democráticos; por gestores que são alimentados por um sistema que é “autista” (social), demonstrado pelo fato de não considerar o diálogo um meio pelo qual se sustentam as interações humanas em sociedades multiculturais, como são as que atualmente vivemos. (BERTASO E LUNARDI, 2013, p. 156)

É importante abordar o fato de que a cidadania moderna ainda está muito vinculada ao Estado, tendo presente a característica política própria da territorialidade. A cidadania, quando atrelado ao Estado, acaba sendo excludente e discriminatória, deixando de lado uma parcela da população que não tem seus direitos garantidos pelo Estado atual.

Para melhor ser verificado o conceito de cidadania, é importante analisá-lo do ponto de vista de alguns estudiosos sobre o tema. Será abordado, em especial, a visão de T.H. Marshal, autor que estudou a experiência britânica para formular um dos conceitos mais usados de cidadania, como será abordado a seguir.

## 2. PRINCIPAIS CONCEPÇÕES DE CIDADANIA

Primeiramente, é importante salientar, que a conceituação da ideia de cidadania mostra-se de grande relevância para o entendimento desta. É possível afirmar que a definição clássica de cidadania está atribuída aos estudos de T.H. Marshal que, analisando sob a perspectiva da experiência britânica, dividiu esse conceito em três partes: civil, política e social. Conforme esse doutrinador:

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. [...] Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. [...] O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. (MARSHAL, 1967, p. 63/64)

Ainda complementa Marshal que “nos velhos tempos, esses três direitos estavam fundidos num só. Os direitos se confundiam porque as instituições estavam amalgamadas” (MARSHAL, 1967, p. 63/64). No entanto, esses três elementos, apresentados por Marshal, ao longo do tempo foram se distanciando, sendo possível até determinar o período de formação de cada um, sendo importante salientar que, mesmo com essa divisão, esses períodos

---

ordem, e sim para gerir a desordem e o tumulto. Uma das hipóteses é a de que estamos diante de um estado que se legitima ao produzir um “estado de insegurança”.



em alguns momentos históricos se entrelaçam, especialmente os dois últimos. Conforme esse autor, os direitos civis se formaram no século XVIII, os políticos no século XIX e os sociais no século XX (MARSHAL, 1967, p. 66).

Marshal também observa que, na Inglaterra, os direitos civis tinham um caráter universal, estendendo-se a todos os homens. Afirma ele que a um certo *status* já existente, foram gradativamente adicionados novos direitos a todos os membros adultos da comunidade, entendendo-se como esses membros apenas os homens. Segundo o autor “esse caráter democrático ou universal do *status* se originou naturalmente do fato de que era essencialmente o *status* de liberdade e, na Inglaterra, do século XVII, todos os homens eram livres” (MARSHAL, 1967, p. 68). Nesse período, nas cidades inglesas, “os termos ‘liberdade’ e ‘cidadania’ eram semelhantes. Quando a liberdade se tornou universal, a cidadania se transformou de uma instituição local numa nacional” (MARSHAL, 1967, p. 69).

Partindo da conceituação clássica, como a cidadania representada pelos direitos civis, políticos e sociais, tem-se que a cidadania, em termos gerais, significa aquele status que o Estado concede a todos aqueles que estão sob sua tutela. Desse modo, seriam, então, os nacionais do Estado, aqueles que, em igualdade de condições, possuem idênticos direitos e deveres reconhecidos por este mesmo Estado. Nesse sentido, cidadania poderia se igualar à nacionalidade.

No entanto, é importante ressaltar que, nos tempos atuais, cidadania não é apenas a condição de cidadão e este o indivíduo que está no gozo dos direitos civis e políticos e desempenha os deveres para com o Estado e a comunidade. Atualmente, o conceito de cidadania tem sido ampliado cada vez mais. Abrange também outras dimensões, como: social, econômica, educacional e existencial (HERKENHOFF, 2001, p. 19-20) Abarca o conjunto dos direitos humanos, sendo estes civis e políticos, econômicos e sociais e de solidariedade, a cidadania passa a ser vista como prática de direitos humanos.

Na visão de Lafer (LAFER, 1988, p. 146), estudando o pensamento de Arendt, a cidadania consiste no direito a ter direitos. A autora estudada por Lafer, por ter sido uma refugiada, acaba por afirmar que “perder o *status civitatis* significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado-povo-Território” (LAFER, 1988, p. 147). Desse modo, é possível concluir que, para essa autora, a importância de se ter uma cidadania é tamanha que, no caso de perdê-la, a pessoa acaba por não possuir se quer seus direitos como ser humano.

Para colaborar com o conceito de cidadania, tem-se os ensinamentos de Andrade. Para a autora, a cidadania estaria abarcada no sentido de igualdade, o cidadão como “sujeito jurídico-político, titular de direitos e obrigações formalmente iguais” (ANDRADE, 1993, p. 61). Ainda, para citar esses direitos, Andrade observa que, dentre eles, “o direito político por excelência é de co-participar na formação da lei e dos poderes públicos, elegendo representantes (governantes) que podem mobilizar os recursos, coercitivos e reclamar a obediência da cidadania” (ANDRADE, 1993, p. 61).





Já, segundo Vieira, os imperativos morais, os costumes, ou mesmo os direitos específicos que as pessoas ou coletividades possam possuir só se tornarão direitos de cidadania se forem universalmente aplicados e garantidos pelo Estado (VIEIRA, 2001, p. 35).

Uma possibilidade para a evolução do conceito de cidadania seria ela se tornar cosmopolita. A cidadania se tornaria cosmopolita, respeitando as diversidades, tornando a participação popular forte para agir junto com o Estado na realização dos direitos fundamentais.

Quando a sociedade tem uma forte participação política ela serve para pressionar o governo a cumprir os direitos por ele estabelecidos. Nesse sentido, Vieira explica que quando uma sociedade civil é bem organizada, ela serve para criar grupos que pressionem o Estado no sentido de realizar determinadas políticas que visem ao bem-estar da sua população. “Uma sociedade civil fraca, por outro lado, será normalmente dominada pelas esferas do Estado ou do mercado” (VIEIRA, 2001, p. 37.).

É possível de igual forma afirmar, conforme D’Araújo, que “instituições por mais bem concebidas e planejadas que sejam, não bastam para produzir a boa sociedade. Ou seja, boas sociedades ajudam a produzir boas instituições” (D’ARAÚJO, 2003, p. 14/15).

É importante observar que a cidadania, sob o viés positivista, “está vinculada à normatividade estatal, ao direito posto pelo poder soberano do Estado. O cidadão, enquanto sujeito de direitos e deveres, é estatuído por normas jurídicas que convergem direcionadas a regular sua conduta” (BERTASO, 2002, p. 412.).

No entanto, conforme observa Bertaso, esse mesmo Estado está cada vez mais vinculado às forças do mercado, como competitividade e lucro, tendo suas ações pautadas nesses termos, sem levar em consideração as necessidades das comunidades, sem considerar, de igual forma, os direitos mínimos que deveria garantir à população, o sistema de garantias sociais e os direitos humanos fundamentais (BERTASO, 2002, p. 407). E, nesse contexto, “o cidadão vai perdendo o controle do poder instituído interno” permanecendo “somente com a dimensão jurídico-política da legitimidade, e legitimando os governos eleitos” (BERTASO, 2002, p. 407).

Nessa crise do Estado moderno, deve ser pensada uma nova forma de promover os direitos de cidadania, respeitando os direitos humanos e as características próprias das sociedades multiculturais.

A fim de verifica-se a possibilidade de existência de um Estado Constitucional Cooperativo que respeite tais direitos, é necessário analisar-se a evolução do próprio Estado de Direito, como ele passou a desempenhar esse papel de proteger os direitos da população.



### **3. A TRANSIÇÃO DA CIDADANIA: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Como foi visto nos itens anteriores, a partir da Revolução Francesa temos o surgimento do primeiro Estado de Direito, o Estado Liberal, baseado no paradigma de que a liberdade do indivíduo deveria ser realizada contra o Estado, e este seria o grande empecilho para a realização dessa liberdade plena. Conforme Bonavides, “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade” (BONAVIDES, 1996, p. 40). Segundo o mesmo autor, o Estado restringiria a liberdade primitiva.

Nesse contexto, “o Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social” (BONAVIDES, 1996, p. 41). Esse Estado Moderno teve algumas de suas bases lançadas por teóricos como Locke (1998) e Montesquieu (1996), sendo caracterizado pelas ideias de direitos fundamentais, da separação de poderes, assim como, da valorização das leis, próprias dos movimentos constitucionalistas. Nesse mesmo sentido, conforme os entendimentos de Domingues:

o Estado moderno, universalista e baseado em regras válidas para todos – ao romper com as relações de subordinação pessoal do vassalo ao senhor, do súdito ao rei, e, em princípio, ainda que somente após uma longa evolução isso tenha sido estendido a todos os integrantes da sociedade –, introduziu a noção de cidadania, que fazia de todos, por outro lado, novamente meros seres abstratos de razão, outrossim livres. (DOMINGUES, 2001, p.214.)

A noção de liberdade foi uma verdadeira evolução, uma vez que anteriormente a grande maioria da população não tinha essa condição. No entanto, mesmo com essa liberdade, conforme explica Bonavides: “[...] o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador” (BONAVIDES, 1996, p. 41). Assim é que se constrói a ideia de liberdade do homem perante o Estado. Preconizava-se a liberdade de todos perante a lei. Podia-se fazer tudo o que a lei não proibia.

Desse modo, os indivíduos que no período anterior eram considerados “res”, agora podem ser considerados sujeitos de direito, elevando sua dignidade pessoal. Vale dizer que “todos”, significava somente os homens, pois a condição das mulheres era peculiar naquele tempo. Desse modo, nas palavras de Bonavides, podemos afirmar que “[...] o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, alcançou sua experimentação histórica na Revolução Francesa” (BONAVIDES, 1996, p. 42).

Outro autor que faz menção ao desenvolvimento do Estado de Direito como sendo o Estado Liberal é Morais. Esse autor observa que o surgimento



do conceito desse Estado emerge aliado ao conteúdo do próprio liberalismo, impondo ao Estado o ideário Liberal, no que tange ao princípio da legalidade, ou seja, a submissão da soberania estatal à lei, bem como à divisão de poderes ou funções e, a nota central, a garantia dos direitos individuais (MORAIS, 1996, p. 70). Morais ainda aponta quatro características desse tipo de Estado de Direito. Segundo ele seriam as seguintes:

- A. Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.
- B. A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.
- C. A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – *referendum* e plebiscito, etc. – bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.
- D. O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos. (MORAIS, 1996, p. 70/71)

Devemos ressaltar que o surgimento desse Estado Liberal, como observado no item 1.1, se deu através da classe burguesa, após a eclosão da Revolução Francesa. A burguesia, nesse período, uniu-se às classes mais baixas para modificarem a estrutura até então vigente, uma vez que estavam descontentes com as imposições cada vez maiores da monarquia absolutista e, de igual forma, queriam uma representação maior na participação governamental.

Porém, mesmo que a burguesia tenha representado importante papel, modificando a estrutura até então vigente, que era o poder absolutista do monarca, assim que passa a ser a classe dominante, formulando os princípios filosóficos de sua revolta social, acaba por generalizá-los doutrinariamente, tornando-os “ideais comuns a todos componentes do corpo social” (BONAVIDES, 1996, p. 42). Assim, a classe burguesa, “no momento em que se apodera do controle político da sociedade, já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens” (BONAVIDES, 1996, p. 42). “[...] Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes” (BONAVIDES, 1996, p. 43).

O que é importante ressaltar desse Estado Liberal de Direito é que este apresenta-se “como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua ação cotidiana” (MORAIS, 1996, p. 72). Ainda é possível afirmar que a este Estado “cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva” (MORAIS, 1996, p. 72).



Assim, temos que a cidadania, nesse ponto, pode ser entendida como a garantia dos direitos individuais frente ao Estado. O liberalismo teve sua relevância por impedir que o Estado viesse a frear a liberdade do indivíduo, representando, desse modo, a garantia dos direitos dos cidadãos. Temos, então, a partir daí, o nascimento da cidadania moderna, que, conforme Bertaso observa, pode ser entendida como

O uso de prerrogativas político-jurídicas que as pessoas, constituídas como sujeitos de direitos, exercem no âmbito do Estado nacional. Essa qualidade do cidadão está ligada à instituição do Estado liberal, criado pelo movimento Republicano, desencadeado pela Revolução Francesa. A cidadania veio no bojo das lutas pela liberdade e igualdade, numa tensa relação tanto com os poderes de Estado quanto com os da sociedade (BERTASO, 2002, p. 406).

Após esse período, passa-se da liberdade do Homem perante o Estado, da idade do liberalismo, “para a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal” (BONAVIDES, 1996, p. 43). Da mesma forma, é possível afirmar que “do princípio liberal chega-se ao princípio democrático”, “do governo de uma classe, ao governo de todas as classes” (BONAVIDES, 1996, p. 43). Desse modo, começou a se mostrar necessário atribuir ao Direito um conteúdo social. Não retirando a importância das conquistas do liberalismo burguês, no entanto, este apresentava falhas, havendo a necessidade de não se atrelar ao individualismo como antes, mas buscando uma situação de bem-estar aos cidadãos. Conforme Morais:

A adjetivação pelo *social* pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-IIª Guerra Mundial (MORAIS, 1996, p. 73).

Esse Estado Social de Direito, pode ser entendido como “um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana” (SILVA apud MORAIS, 1996, p. 73) e começa a se desenvolver conforme o modelo liberal passa a apresentar seus defeitos na efetivação dos novos direitos apresentados à sociedade industrial-desenvolvimentista da época. A partir do fato de que o mercado não consegue substituir o Estado em certos assuntos, especialmente no que diz respeito à questão social, é que se tem o surgimento desse novo modelo de Estado. Nas palavras de Morais, o Estado Social de Direito:

[...]tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal agregado pela convencionalmente nominada *questão social*, a qual traz à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista. (MORAIS, 1996, p. 79).



Nesse sentido, mesmo que se tenha buscado algumas garantias sociais, através do Estado liberal, ainda não se havia chegado realmente à democracia. Mesmo que a Revolução Francesa tenha trazido, entre seus adventos, a promoção da liberdade do indivíduo, essa liberdade ainda não representava o ideal social que se daria em período posterior. Assim, segundo Bonavides:

A Revolução Francesa, por seu caráter preciso de revolução da burguesia, levava à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política. (BONAVIDES, 1996, p. 43)

Nesse sentido, mesmo representando um avanço na história, o Estado Liberal ainda não chegou a representar uma democracia. Mesmo com toda essa evolução, no sentido de proporcionar a questão da liberdade ao indivíduo, limitando a ação do Estado, ainda não se havia chegado ao ideal da democracia, ainda que a burguesia tenha criado a teoria do Estado liberal-democrático. Esta democracia propriamente dita somente vai começar a ser alcançada com novos derramamentos de sangue, através do constitucionalismo do século XIX (BONAVIDES, 1996, p. 43). E, a partir daí, conforme Bonavides:

O homem pisava firme na estrada da democracia, e os seus combates haviam de prosseguir, como efetivamente prosseguiram, determinando a mudança que houve, com o tempo, no sentido das Cartas Constitucionais, cada vez mais exigentes de conteúdo destinado a fazer valer objetivamente as liberdades concretas e dignificadoras da personalidade humana. (BONAVIDES, 1996, p. 44)

Com o Estado Social, este passou a atender, pelo menos em parte, as demandas de sua população. O Estado passou a ser o garantidor do bem-estar dos cidadãos, ao que chamamos de Estado de Bem-Estar Social. Nesse sentido, conforme aponta Bonavides, “o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal” conservando “sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia” (BONAVIDES, 1996, p. 184). Esse Estado passa a representar uma figura de extrema importância na vida dos indivíduos, pois abarca várias situações, como a questão trabalhista e previdenciária, bem como acaba entrando na esfera privada, quando é o detentor de várias indústrias. No Estado social encontra-se presente “um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal” (MORAIS, 1996, p. 79).

O Estado social representou novamente um avanço no sentido de garantir aos cidadãos a questão social, ampliando cada vez mais os direitos de cidadania. No entanto, mesmo que este Estado representasse uma evolução, ele começou a demonstrar que não consegue ser o “grande pai” e começa a



entrar em colapso. O Estado de bem-estar social, conforme o mundo foi se desenvolvendo, não pôde mais ser tão intervencionista, entrando em cena o tão famoso neoliberalismo. De igual forma, a estrutura da sociedade contemporânea começou a apresentar novos atores, sendo que “o ator principal passa a ser *coletividades difusas* a partir da compreensão da partilha comum de destinos” (MORAIS, 1996, p. 81).

Chegamos, então, ao Estado Democrático de Direito. Esse Estado, além das características próprias do Estado Liberal e do Estado Social, agrega a questão da igualdade. Nesse tipo de Estado, a questão democrática vem com força total, valorizando a soberania popular e a dignidade da pessoa humana. Segundo Moraes, esse Estado traz novas características ao modelo tradicional, em especial a pretensão de transformação do *status quo*, sendo esta a novidade dessa nova forma de Estado. Em suas palavras:

Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da *questão da igualdade* como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. (MORAIS, 1996, p. 80.)

Nesse contexto, com a evolução do Estado de Direito, foram acrescentados direitos aos cidadãos destes Estados. Assim, a cidadania também acabou sendo ampliada. Mesmo representando o conjunto dos direitos humanos na maioria dos países, ainda enfrenta muitas dificuldades de efetivação destes direitos, especialmente quando se aborda a multiculturalidade própria de países como o Brasil.

Assim, no próximo item será analisado o Estado Constitucional Cooperativo como uma forma de realização dos direitos dos cidadãos, respeitando a diversidade cultural, bem como os direitos humanos, dando ênfase à interpretações abertas da Constituição de modo a tornar esta legislação mais próxima daqueles que são os verdadeiros destinatários da norma máxima do país.

#### **4. ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A DEFESA DA CIDADANIA E DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE MULTICULTURAL**

O Brasil é um país notoriamente multicultural. Sua formação histórica representa a reunião de várias culturas e isso influencia enormemente a condução dos direitos da população. É importante mencionar que este país é um dos mais abertos a receber refugiados, como aconteceu recentemente com os haitianos (G1, 2015).

Diante dessa realidade, o Brasil não pode ficar fechado a interpretações restritas de suas normas, devendo ampliar seus direitos a todos aqueles que estiverem em território nacional. Esse é uma das prioridades do chamado Estado Constitucional Cooperativo, que busca a inter-relação de normas



internacionais e a interpretação aberta da Constituição por outras pessoas que não apenas os aplicadores do Direito aptos a atuarem na Suprema Corte, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal.

Um doutrinador que aborda essa questão é Peter Häberle, constitucionalista que estuda essa abertura das normas constitucionais. Sobre o assunto, Mendes menciona:

Um dos expoentes da teoria institucional dos direitos fundamentais e pioneiro da universidade europeia do futuro, tem o Professor Peter Häberle dedicado toda sua vida profissional à docência universitária, fundamentando sua obra científica no pluralismo, constituindo a idéia de integração o ponto de partida para a realização do novo Estado Constitucional do século XXI - o Estado Constitucional Cooperativo. (MENDES, p. 1-2)

A contribuição de Häberle para o fortalecimento do constitucionalismo e proteção dos direitos fundamentais e aceitação do outro é evidenciada por Mendes:

Por meio de sua teoria constitucional, voltada à defesa da tolerância e da aceitação do outro e à proteção dos direitos fundamentais diante da complexa realidade do mundo atual, Peter Häberle contribuiu enormemente para o fortalecimento do Estado Constitucional, sobretudo em países de transição democrática. (MENDES, p.2)

Häberle observa em seus estudos que “o processo político deve ser (e deve permanecer) tanto quanto possível, aberto, devendo também uma interpretação ‘diversionista’ ter oportunidade de ser sustentada, em algum momento” (HÄBERLE, 1997, p. 55).

Nesse sentido, vários doutrinadores brasileiros fundamentam-se nessa ideia para ampliar o rol de pessoas que podem defender seus direitos nos processos de controle de constitucionalidade. Conforme Mendes:

São muitos os doutrinadores brasileiros de renome que defendem a necessidade de consolidação da idéia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle. Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional. (MENDES, p. 2)

Essa seria uma forma de tornar a Constituição mais próxima daqueles que são os verdadeiros destinatários da norma. Quando a norma está de acordo com a vontade da população ela é até mais respeitada. Com relação a esse ponto, a obra de Honneth traz a importância da norma ser elaborada de acordo com a sociedade para a qual será direcionada, demonstrando que quando as pessoas tem essa liberdade a norma é mais aceita. Segundo ele: “não é o Estado que justifica e cria a vida pública, mas esta é que cria o Estado” (HONNETH, 2015, p. 585)



Ainda, conforme Honneth:

[...] o Estado moderno é concebido a partir da condição, anterior a ele no pensamento, de uma liberdade social dos membros da sociedade, que em seu discernimento se reconhecem reciprocamente: representa “órgão reflexivo” ou a rede de instâncias políticas com cujo auxílio os indivíduos que se comunicam entre si procuram converter em realidade suas ideias, obtidas pela via “experimental” ou “deliberativa”, acerca das soluções que sejam moral e materialmente adequadas aos problemas sociais. (HONNETH, 2015, p. 585)

Desse modo, a partir do momento que a instância superior em termos constitucionais se abre para que os cidadãos possam participar dela para interpretá-la, tem-se o respeito aos direitos da população de uma forma ampliada, uma vez que esta mesma pode dizer como deve ser interpretada uma norma de forma mais adequada ao problema levantado.

Nessa mesma linha, é possível verificar-se alguns exemplos da aplicação do Estado Constitucional Cooperativo no Brasil, conforme abaixo:

A influência do professor Häberle também pode ser notada no âmbito do Supremo Tribunal brasileiro. Nesse sentido, em julgamento deste tribunal, o voto do eminente Ministro Celso de Mello em questão de ordem na ADIn nº 2.777, em novembro de 2003, afirmou a possibilidade da sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*. Sua argumentação foi inteiramente compatível com a orientação de Peter Häberle que, “*não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a esta minoria o oferecimento de 'alternativas' para a interpretação constitucional*”.

Da mesma forma, semelhante influência ocorre no âmbito legislativo. Assim, a Lei nº 9.868/99 consagrou a figura do *amicus curiae*, conferindo uma abertura pluralista ao processo brasileiro de interpretação constitucional, no sentido referido por Peter Häberle.

Ainda no Supremo Tribunal brasileiro, mencione-se o julgamento dos embargos infringentes na ADI 12892, em abril de 2003. A análise da decisão demonstra, de forma evidente, a adoção de um “pensamento do possível”, valendo-se da lição de U. Scheuner, citada por Häberle, no sentido de que, se a Constituição quiser preservar sua força regulatória, em uma sociedade pluralista, a Constituição não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como “*projeto*” (“*Entwurf*”) em contínuo desenvolvimento. (MENDES, p. 2-3)

Além dessa interpretação aberta da Constituição, a realização de um Estado Constitucional Cooperativo é um grande avanço no sentido de existir um intercâmbio de normas entre os países, podendo um país abarcar a norma de outro para favorecer seus cidadãos. Essas normas deverão ter um caráter universal, como as normas relativas aos Direitos Humanos.

Tal situação é afirmada por Mendes:





A imagem da comunidade universal dos Estados constitucionais evidencia que o Estado constitucional não mais terá suas referências apenas em si, mas nos seus semelhantes, que serão como espelhos a refletir imagens uns dos outros para a identificação de si próprios. A manifestação desse fenômeno ocorrerá por meio de princípios gerais, notadamente, os que consagrarem direitos humanos universais (como aquelas de objetivos educacionais, paz mundial, proteção ao meio ambiente, amizade, cooperação e ajuda humanitária). (MENDES, p. 5)

Desse modo, poderá haver uma maior efetivação dos direitos de cidadania, respeitando os direitos humanos e as características próprias do nosso Estado que é multicultural.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, buscou-se trazer a caminhada de construção dos direitos de cidadania, perpassando pelo conjunto dos direitos humanos, como os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e de solidariedade. De igual forma, a construção desses direitos evidenciou uma evolução na forma de Estado desde o Estado Liberal, que protegia os direitos individuais, o Estado Social, com o advento das prestações positivas do Estado para proporcionar os direitos sociais, e o Estado Democrático de Direito, com a valorização da participação popular e da questão da igualdade.

No entanto, ainda busca-se uma nova forma de Estado que consiga efetivar a gama de direitos protegidas constitucionalmente, respeitando os direitos humanos e as características multiculturais brasileiras. Evidencia-se o nascimento de um Estado Constitucional Cooperativo com vistas a tornar a constituição mais aberta e acessível à população que poderá também interpretá-la de modo a torná-la mais concreta para sua realidade social.

Assim, o Estado Constitucional Cooperativo está em construção já sendo evidenciado em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme anteriormente citado, o que demonstra que a Constituição, para ser efetiva, não pode ser norma pronta e acabada, mas sim aberta a sistemas pluralistas como o caso brasileiro, adaptando-se às situações concretas da vida social, de modo a fazer com que a população se reconheça na norma e tenha a real certeza que aquelas belos versos da carta constitucional não são apenas letra fria da lei, mas uma calorosa efetivação dos direitos humanos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BERTASO, João Martins. **A cidadania moderna: a leitura de uma transformação**. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (orgs.)



et al. **Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais.** Ijuí: Unijuí, 2002.

BERTASO, João Martins; e LUNARDI, Luthianne Perin Ferreira. **Cidadania e direitos humanos: o reconhecimento do outro no mundo intercultural.** In: Hommerding, Adalberto Narciso; Angelin, Rosângela.. (Org.). **Diálogo e entendimento: Direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflito.** 1ed. Rio de Janeiro: GZ, 2013, v. 5, p. 155-171.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos.** Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas.** 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2000.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **Evolução histórica e fundamentos político-jurídicos da cidadania.** In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (orgs.) et al. **Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais.** Ijuí: Unijuí, 2002.

D´ARAÚJO, Maria Celina. **Capital social.** Ciências sociais – passo a passo 25. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

DOMINGUES, José Maurício. **Cidadania, direitos e modernidade.** In: SOUZA, Jessé.(Org.) **Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.** Brasília: UNB, 2001, p.214.

G1. **Brasil autoriza permanência definitiva a 44 mil refugiados haitianos.** Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/11/brasil-autoriza-permanencia-definitiva-44-mil-refugiados-haitianos.html>. Acesso em: 23 set. 2016.

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, 1997.

HERKENHOFF, João Batista. **A cidadania.** Coleção como funciona. 2 ed. Manaus: Valer, 2001.



HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2015.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARSHAL, T. H.. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 64.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/Homenagem\\_a\\_Peter\\_Haberle\\_\\_Pronunciamento\\_\\_3\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle__Pronunciamento__3_1.pdf). Acesso em: 23 set. 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. rev. e atual. por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: Para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. Rio de Janeiro: Record, 2001.



## **O PODER JUDICIÁRIO VISTO COMO PATERNALISTA E PROTAGONISTA: APORTES NECESSÁRIOS**

*Joici Antonia Ziegler<sup>1</sup>*

“Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social”.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Podemos observar que há uma grande preocupação quanto ao novo papel do Poder Judiciário no Brasil, tendo em vista a superlativização de suas funções, principalmente nos últimos anos.

Na contemporaneidade, em virtude da complexidade social, das relações humanas e principalmente frente aos avanços nas mais diversas áreas como ciência, medicina e tecnologia, novos conflitos surgem a todo instante, sem que haja uma lei correspondente que acompanhe o surgimento desses novos conflitos que emergem resultantes de uma sociedade complexa. Dessa forma, o Poder Judiciário a todo o momento, é chamado a resolver as mais diversas questões, sejam elas privadas ou públicas.

A construção de um ordenamento jurídico capaz de seguir as transformações sociais impulsiona o Poder Judiciário a conferir uma resposta ao jurisdicionado que não encontra correlação com textos e produções legais.

A abrangência do direito é um fenômeno que vem se alargando com o passar dos anos de forma espantosa, nas palavras do francês Antoine Garapon e de Julie Allard, no livro intitulado *Os Juízes na Mundialização* (2005, p. 7):

“O direito tornou-se num bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem ser visto na entrada. Cada vez mais, as regras que organizam a nossa vida comum são concebidas em outros lugares e aquelas que são concebidas aqui servirão para formular o direito em países estrangeiros”.

Denota-se das palavras de Allard e Garapon, que o direito está no centro das atenções não somente no Brasil, mas é um fenômeno que ocorre

---

<sup>1</sup> Advogada, Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina, Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação do Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’ Olmo e do Projeto de Pesquisa, vinculado à linha de Pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo.



simultaneamente em muitos países, tanto que, os autores acima citados trazem a expressão “comércio entre juízes”, pois esse agigantamento do judiciário não possui fronteiras.

Nesse viés, Garapon e Allard seguem afirmando que (2005, p. 7-8):

Embora não seja recente, esta mobilidade do direito aumentou consideravelmente nos últimos anos. Tendo-se alargado no espaço, ela já não consiste unicamente em resolver diferendos entre vizinhos, mas essencialmente em organizar a circulação de bens, capitais e informação entre os continentes. Isto deve-se ao fato de o estabelecimento generalizado de relações entre espaços econômicos, sociais e culturais, para o bem e para o mal, exigir regras ou, no mínimo, formalidades ou trâmites que garantam a segurança dos novos fluxos de transações e cubram os riscos que estes geram. Esta é a dimensão funcional da mundialização do direito.

Assim, percebe-se que não são só novos problemas, de solução quase impossível, que emergem a par do progresso científico, são também os valores da sociedade, a partir dos quais se tenciona resolvê-los, que evoluem (GARAPON, 2005, p.25).

Neste trabalho, iremos destacar alguns pontos sobre o Poder Judiciário visto como paternal, perante a sociedade, bem como a abrangência e agigantamento deste poder. Para tanto, usaremos como referencial teórico as obras do juiz francês Antoine Garapon, que se destaca com os livros O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia, bem como Os Juízes na Mundialização. Nessas obras, o autor, reflete sua preocupação com o avanço das questões submetidas ao judiciário, sendo este um resultado do meio social em que vivemos.

Também utilizaremos a contribuição da professora de Frankfurt - Ingeborg Maus, em seu notório artigo Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. Neste artigo, a autora lança a ideia de uma sociedade órfã e que necessita buscar no judiciário a proteção que lhe falta, seja por não promoção de medidas que caberiam ao Estado como provedor, ou mesmo de questões de cunho pessoal, frente à incompetência pessoal de resolver seus próprios conflitos internos.

## **1 O JUDICIÁRIO VISTO COMO UM SUPEREGO DA SOCIEDADE POR INGEBORG MAUS**

Quando se fala em judiciário paternalista, logo vem à mente a contribuição da socióloga Ingeborg Maus, que cunhou a expressão em seu notório artigo intitulado Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”, publicado no Brasil em 2000.

A professora e socióloga alemã pontua de forma brilhante o fenômeno do aumento de atribuições da corte constitucional alemã, bem como da excessiva evidência dos magistrados elevados à condição de celebridade,



figura exemplar, espelho moral e símbolo do homem virtuoso, de qualidades irrepreensíveis.

Ingebor Maus vê o judiciário como resultado de uma sociedade órfã, ausente de uma figura paterna, o superego de uma sociedade, ao definir o alcance e traduzir os valores morais desta sociedade. Maus (2000, p. 185), inicia sua constatação ao fazer um diálogo com Herbert Marcuse, cujos trabalhos apontavam para a perda do objeto da psicanálise, com a dissolução da figura paterna na formação do ego, e a diminuição da integração social. Para a professora alemã (2000, p. 185):

“À primeira vista, o crescimento no século XX do ‘Terceiro Poder’, no qual se reconhecem as características tradicionais da imagem do pai, parece opor-se a essa análise de Marcuse. Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, como o aumento do poder de interpretação, a crescente disposição para litigar, ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”.

A autora menciona uma elevação do poder judiciário e da constituição, o qual pode ser observado em especial no Supremo Tribunal Federal, e pelas características da nossa carta de direitos. Nesse sentido, a professora Maus (2000, p. 192), menciona que:

“A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir da qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma teologia constitucional”.

Como mencionado nas palavras de Maus, a evolução de uma Constituição para uma carta possuindo ampla variedade de direitos e cláusulas abertas, concedeu ao judiciário, a possibilidade de imiscuir-se no papel de tradutor das principais questões e valores da sociedade, tomando o espaço do debate político, fator de impulsão do ativismo judicial.

Ainda, para a professora alemã (2000, p. 192), “a transformação da Constituição em uma ‘ordem de valores’ confere às determinações constitucionais por meio da ‘abertura’ de suas formulações uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados”.



Partindo do modelo clássico de separação de poderes, teria se instaurado um conceito de “autonomia social”, pautada na concepção moral do iluminismo. É neste ponto que Maus identifica como o momento em que se alteraria “aquela concepção das funções do superego os resultados do ‘crescimento natural’ do processo de socialização”. Sendo assim, com a ascensão da justiça como administradora da moral pública, o que lhe conferiria maior grau de legitimação, suas decisões ficariam imunes a qualquer crítica, como também haveria “uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular (MAUS, 2000, P. 189).

Neste cenário, Maus também chama a atenção para o fato de que a estrutura legal também se adéqua a esta “inversão das expectativas de direito”, com a multiplicação de expressões carregadas de teor moral como, “má fé, sem consciência, censurável (MAUS, 2000, p. 190). Dentro de todo este panorama, constrói-se uma permanente confiança popular, que acaba por fechar o ciclo, donde a justiça surge como instituição neutra, capaz de auxiliar de forma imparcial as partes envolvidas em conflitos de interesse.

A autora alerta para mais um perigo deste agigantamento do judiciário, bem como deste superego da sociedade. Maus conclui seu texto com a seguinte mensagem, vejamos (MAUS, 2000, p. 192):

Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas “livres” e das convenções morais o fundamento de suas atividades, reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira.

Nesse viés, podemos denotar que as reflexões de Ingeborg Maus acerca das mais variadas atribuições do Poder Judiciário de seu país, representam um referencial crítico para a análise de nosso Judiciário que a cada dia se firma mais como agente de resolução de todos os problemas da sociedade.

Assim, não há como não reconhecermos e refletirmos essa nova realidade com certa preocupação em relação aos perigos apontados pela autora frente a esse exacerbado paternalismo do judiciário.

## **2 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO PROTAGONISTA**

No Brasil, Lavocat Galvão, enxerga um quadro de avanço da função judicial a campos outrora pertencentes a outras esferas deliberativas, consubstanciando sua atuação protagonista e muitas vezes ativista. Para Lavocat Galvão (2011, p. 366):

Depois de 1988, com o fim do período ditatorial, a Suprema Corte tem decidido questões próprias dos poderes democraticamente eleitos.



Esse fenômeno deve-se, entre outros, a dois motivos preponderantes. Em primeiro lugar, o poder constituinte do legislador ordinário vêm alterando atribuições do Supremo Tribunal por meio de edição de emendas constitucionais e de leis federais, de sorte a estabelecer um novo regime de jurisdição constitucional, que concentra poder político nesse órgão de cúpula do Judiciário. Esse novo regime privilegia o controle de constitucionalidade centralizado em detrimento do modelo difuso, originalmente adotado no Brasil em 1891. Em segundo lugar, nos últimos anos, o próprio Supremo Tribunal Federal tem-se revelado cada vez mais “ativista”, à míngua de críticas por parte da opinião pública.

Nesta seara, assistimos a proeminência do Poder Judiciário frente aos demais poderes, ou seja, a um amplo avanço de suas atividades no campo de deliberação das questões fundamentais.

Para corroborar ainda mais, com a questão da expansão do Judiciário, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu artigo publicado na obra coletiva de organização do professor José Carlos Francisco intitulada Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial, ao abordar o fenômeno nominado por ele de atividade expansiva dos magistrados, ou ativismo judicial, aponta três fatores que dão causa a esse fenômeno, sendo eles (FERREIRA FILHO, 2012, p. 222-3):

Uma, de ordem técnico-jurídica, é a expansão do controle judicial das políticas e atos administrativos particularmente por meio da aferição de constitucionalidade. Outra, de ordem sócio-política, reflete o desprestígio dos políticos em face do prestígio dos magistrados como uma aristocracia togada, quer dizer, o contraste entre uma plebe despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral. Uma terceira, também de ordem sociopolítica, intimamente ligada à anterior, é auto-percepção dos magistrados como elite, com responsabilidade de trabalhar para o bem comum.

Ainda, especificamente no Brasil, podemos agregar outros fatores específicos mencionados por Ferreira Filho (2012, p. 223) como:

O estilo da Constituição de 1988, suas ambigüidades, seus defeitos de redação, a imprecisão de sua linguagem, abundância de princípios cogentes, e, sobretudo, a multiplicação de instrumentos judiciais de atuação ou controle sobre políticas de governo e sobre o proceder dos demais Poderes.

Podemos analisar essa nova atuação do Judiciário, cuja abertura dos conceitos e sua indeterminação é a maior tônica, partindo de duas premissas são fundamentais, a primeira diz respeito a uma característica que talvez não seja exclusividade da Constituição de 1988, mas que com ela se aprofundou sobremaneira: a presença de conteúdo analítico desta Constituição, permeado por cláusulas abertas, de amplo conteúdo axiológico, pois a Constituição de





1988 permite ao Judiciário adentrar em questões morais que muitas vezes residem no campo das opções políticas e legislativas da sociedade.

Nesta seara, cláusulas abertas e princípios de conteúdo amplo, muitas vezes interpretados com alto grau de discricionariedade por aqueles a quem incumbe sua aplicação, permitem uma margem de interpretação e de opção no exercício do controle de constitucionalidade. Já a segunda premissa é complementar à primeira, pois reside na evolução dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

O aumento da utilização das ações diretas por meio do controle abstrato de constitucionalidade permite o avanço das decisões judiciais em terrenos anteriormente não percorridos, principalmente com as inovações trazidas pelas leis que deram regramento à ação direta de inconstitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental, o efeito vinculante das decisões a todas as esferas do Poder Judiciário e ao Governo, bem como a possibilidade de modulação dos efeitos destas decisões.

Essa nova realidade que permeia o cenário jurídico hodierno tornou-se preocupante para muitos juristas como Lenio Streck (2014), o qual menciona que o acentuado protagonismo do Poder Judiciário acarretou na formação de uma “juristocracia” (ou judiciariocracia), vai adiante, realça que a juristocracia não deve ser analisada como uma consequência exclusiva resultante de uma vontade de poder manifestada pelos juízes deve-se, ainda, levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes.

Resumindo, vivencia-se um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual que precisa ser discutido não apenas na seara dos poderes Estatais, mas, também pela sociedade, ou seja, deve-se questionar se a judicialização e o decisionismo representam uma conduta democrática, tomada em benefício do povo ou são o resultado de um desejo individual do julgador (Streck, 2014. p. 05).

Diante dessas colocações, denota-se que estes caracteres da nova realidade constitucional nos colocam diante de um modelo estatal, em que, a cada dia, o Poder Judiciário vem assumindo maior importância e atuação.

Ora, assim, evidentemente estamos frente a um judiciário paternalista, pois o mesmo está fazendo às vezes de pai de cidadãos órfãos de poder de decidir sobre suas próprias vidas, o que ocorre tantas vezes, onde o requerente em um processo judicial simplesmente prefere a sentença de um juiz ao conciliar-se com o objeto de sua lide, depositando assim, uma extrema confiança no magistrado que tantas vezes não possui o condão e a sensibilidade e mesmo tempo hábil para decidir conforme esperado pelo requerente.

### **3 REPERCUSSÕES DO PATERNALISMO E PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA**

Os pontos mencionados anteriormente nos encaminham para uma problemática entre protagonismo judicial e democracia, problema esse que será abordado a seguir, ao passo que faremos uma análise das implicações



desse fenômeno do protagonismo e paternalismo do Poder Judiciário no tocante à democracia. Para tanto, inicialmente, e de forma breve, imperioso se torna trazermos ao texto alguns conceitos de democracia.

Iniciemos trazendo uma importante consideração sobre democracia segundo Robert Dahl (2009, p. 50). Para o autor, o conceito de democracia comporta uma variedade de definições, mas que pode ser identificado segundo critérios, sendo eles, a participação efetiva, na qual “todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.

Também para Dahl (2009, p. 50), a igualdade de voto, pela qual todos os membros devem ter oportunidade iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais; o entendimento esclarecido, critério segundo o qual dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas importantes e suas prováveis consequências.

Dahl menciona ainda o controle do programa de planejamento, em que “os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento”; inclusão de adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito dos cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios (2009, p. 50).

Vejamos o que diz Ferreira Filho sobre democracia (2010, p. 51):

“A democracia contemporânea, do ângulo jurídico, pode ser resumida nalguns princípios. Ou seja, 1: ela tem o povo como fonte de todo poder – princípio da soberania popular; 2) todavia, o povo não exerce o poder, mas o faz por meio de representantes – princípio representativo – embora excepcionalmente o exerça; 3) tal poder é, ademais, limitado por freios e contrapesos e, sobretudo, pelo reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos – princípio da limitação do poder”.

Diante dessas questões postas, podemos depreender que há um certo distanciamento da população em relação à participação do processo de tomada de decisões gerando um ponto de tensão entre o ativismo judicial e a democracia. E, partindo da análise da citação acima referida de Jorge Galvão, eis que os tribunais assumem a tarefa de interpretar e de construir do significado diante dos postulados que contêm caráter aberto, onde repousam questões essenciais para a sociedade.

E ainda, para corroborar o mesmo autor afirma que (GALVÃO, 2011, p. 382-3):

Os juízes discordam sobre interpretação judicial na mesma proporção em que as pessoas comuns discordam sobre a moralidade coletiva. Os termos vagos em que as Cartas Constitucionais não fornecem nenhuma resposta para os casos constitucionais difíceis, como aborto, eutanásia, pesquisa em células-tronco e ações afirmativas. A única certeza é que a população vai ser diretamente afetada por alguma razão concepção particular de direito acolhida pela maioria



dos membros da Suprema Corte. Nessas questões de moralidade política, não há nenhuma garantia que o ponto de vista adotado pelos juízes seja superior ao dos outros membros da sociedade.

No atual cenário jurídico, sabemos que as grandes questões que afetam diretamente a sociedade estão sendo decididas pelo Supremo Tribunal Federal e também das Cortes Constitucionais pelo mundo afora. O ponto de tensão é que essas questões estão sendo decididas fora do debate político democrático, portanto, sem a participação efetiva da população por meio da democracia representativa.

O ponto central, não se debruça simplesmente na possibilidade de ser o poder judiciário o ator principal que analisa e discute atualmente essas grandes questões, haja vista que essas compõem o conteúdo constitucional, mas sim da linha tênue que existente na aferição da constitucionalidade dessas questões quando o parâmetro de aferição mostra-se extremamente fluido, dificultando precisar se o judiciário exerce sua função nos limites a ele confiados ou se extrapola o núcleo essencial da sua função, fazendo às vezes de legislador.

Daniel Sarmento (2006, p. 191) ao questionar a legitimidade de uma sociedade que tem como pedra fundamental a democracia, afirma que “amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação das normas constitucionais, sobretudo diante da constatação que o grande ‘agente’ desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente pelo povo”.

Sarmento prossegue ainda mais com a elucidação acerca das características do fenômeno no que concerne ao núcleo essencial da democracia. Vejamos o que diz o autor (2006, p. 191):

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança-jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes.

Antoine Garapon (1996, p. 51) também demonstra certa preocupação no tocante ao excesso de poder destinado ao judiciário afirmando que:

Tal paisagem democrática não deixa de conter novos perigos. O excesso de direito pode desnaturar a democracia; o excesso de defesa pode bloquear tomada de decisão; o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de indecisão ilimitada. De tanto encarar as coisas através do prisma deturpador do direito,



corre-se o risco de criminalizar a relação social e de reactivar a velha mecânica sacrificial. A justiça não se pode substituir ao político sem correr o risco de abrir o caminho para a tirania das minorias, ou até para uma espécie de crise de identidade. Resumindo, um mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto à escassez do direito.

Garapon segue fazendo um alerta para o agigantamento do judiciário e suas implicações no tocante à democracia, eis que atualmente, a democracia jurídica só se consegue imaginar a si própria de um modo negativo e defensivo, correndo o risco de implodir. Garapon afirma que “de tanto multiplicar os direitos, perde-se a noção de direito”, trazendo ao debate a necessidade de analisar os paradoxos com os quais o direito é confrontado, e, ainda, a análise sobre o poder inédito atribuído aos juízes (Garapon, 1996, p. 51).

Seguindo o entendimento de Habermas, citado por Jean Paul C. Veiga da Rocha em sua obra *Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa* (2008, p. 181), o autor formula quatro princípios sobre o Estado Democrático de Direito, iniciando pela soberania popular, onde “os cidadãos devem criar suas próprias leis que os vinculam, mediante um processo político democrático institucionalizado”.

O segundo se refere ao princípio da ampla proteção jurídica do indivíduo, por meio de um Poder Judiciário independente, sendo o terceiro princípio o da legalidade na administração pública, pela qual se garante a submissão de poder administrativo ao poder comunicativo, trazendo como quarto, o princípio o da separação entre Estado e Sociedade.

Analisando a classificação acima transcrita, seguindo o entendimento de Habermas, nos chama a atenção especialmente, o segundo princípio. Novamente buscamos auxílio em Veiga da Rocha (2008, p. 181-2), transcrevendo aqui a seguinte explicação sobre o princípio da ampla proteção jurídica ao indivíduo, por meio de um Poder Judiciário independente. Vejamos:

“Habermas retoma a distinção entre as competências de legislar, de um lado, e de aplicar o direito a outro. A lei é produzida pelo Poder Legislativo com base em discursos de justificação (ou fundamentação), para pautar a atuação estatal e lastrear as pretensões jurídicas dos indivíduos. O Poder Judiciário, como representante imparcial da comunidade jurídica, um discurso de aplicação de normas. Justificação e aplicação, portanto, implicam distintas lógicas de argumentação que precisam ser distribuídas em dois diferentes Poderes do Estado. Complementando esse quadro, o princípio da vinculação do juiz à lei impede o Judiciário, que detém o poder de determinar a execução administrativa de suas próprias decisões, de definir o conteúdo de sua própria atuação. Habermas lembra também que o princípio da proteção jurídica, combinado com o devido processo legal, promove a segurança jurídica e a aceitação racional das decisões judiciais”.

A partir dessa conceituação trazida por Habermas no tocante à função jurisdicional, tem-se que está encontra limites quanto à sua atuação de forma a



respeitar os limites do decidido dentro do processo de justificação que existe na criação do direito pelo Legislador, fundamentado no princípio da soberania, de maneira que esse modelo, podemos assim dizer, limita a atuação do Poder Judiciário.

Para Habermas, (2012, p. 297):

“a prática da decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes do Estado de Direito, não se encontra à disposição dos órgãos de aplicação do direito”.

Nesse sentido, a visão habermasiana de atuação do Poder Judiciário, apresenta-se por meio de um discurso de aplicação de normas, de maneira que não colida com o discurso de justificação inerente à atividade legislativa na formação do direito, surgindo assim, uma questão latente sobre a atividade da Jurisdição Constitucional como intérprete e responsável pela própria definição de normatividade, tendo em vista que a matéria-prima configura-se por ser muito ampla, cabendo ao tribunal responsável fazer com que seja moldada.

Para os professores Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes (2008, p. 210), Habermas visualiza uma ampla utilização dos critérios de ponderação como uma forma atrelada ao subjetivismo do julgador, e se afasta do caráter sistêmico, imperativo do direito, de maneira que substitui a decisão do legislador, ao passo que cria uma lei, expressa a sua forma particular de interpretar a constituição, pela opinião alternativa do juiz sobre o mesmo problema.

O sociólogo fundamenta sua crítica em pontos fulcrais que surgem no momento em que percebemos a atuação ativista do Poder Judiciário ao manejar estas cláusulas abertas, no caso, princípios e valores, e com base nesta atividade todo o sistema normativo, preenchendo o próprio conteúdo do direito vigente em sua atividade de intérprete da Constituição.

#### **4 O PODER JUDICIÁRIO NA ÓTICA DE ANTOINE GARAPON**

Nas últimas décadas a sociedade tem buscado no Judiciário a solução para problemas que o Estado como um todo não consegue sanar. O aumento na frequência da intervenção do Poder Judiciário, notadamente na política e nas relações sociais, buscando seus motivos e avaliando suas consequências, bem como o Direito moderno tem invadido todas as relações, cabendo ao Judiciário a tarefa de aplicar o Direito em cada vez mais âmbitos. Assim, os julgadores são chamados a concretizar as diretrizes constitucionais e os princípios fundamentais quando da aplicação da lei, o que acaba por abarrotar de trabalho o Poder Judiciário.

Antoine Garapon, juiz francês, autor dos livros *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia* (1996) e *Os Juizes na Mundialização* (2005), traz ao debate o problema do ativismo judicial, mencionando que o aumento



exacerbado da busca pela justiça na sociedade hodierna, fato este que constitui um dos fatores políticos mais importantes do final do século XX, afirmando que nada mais escapa ao controle do poder judiciário, em uma verdadeira judicialização de conflitos que envolvem todos os setores da sociedade. Para Garapon (1996, p. 20), “o juiz é, doravante, considerado como o árbitro dos bons costumes e até mesmo da moralidade política”.

Assim, na concepção do autor, o juiz se tornou um “guardião de promessas”, sendo chamado a decidir os mais diversos conflitos, tendo como fonte um contencioso que não cessa de aumentar, fazendo com que o judiciário encontre uma forma de pacificação social, que muitas vezes, não está ao seu alcance, entregando ao juiz a responsabilidade de sanar os conflitos privados e públicos dos mais diversos, tornando-o assim um remédio para todos os males.

Privado das referências que lhe conferem uma identidade e estruturam a sua personalidade, o indivíduo procura, no contato com a justiça, uma proteção contra o desmoronamento interno. Perante a decomposição do político, é doravante ao juiz que se pede a salvação. Os juízes são os últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada pelos seus antigos titulares (GARAPON, 1996, p. 23).

Garapon nos traz a seguinte colocação a respeito dessas novas aspirações do homem democrático (1996, p. 45):

A justiça não é mais considerada como mera representação do Estado, nem o juiz como um delegado dessa soberania. A justiça é considerada um serviço, sendo o Estado um provedor desse serviço, um usuário, um cliente e a decisão de justiça, um produto.

Garapon (1996, p. 22) afirma que a virtiginosa aceleração da expansão jurídica não é conjuntural, mas sim, é oriunda e se relaciona com a própria dinâmica das sociedades democráticas, sendo que a explosão do número de processos, não é um fenômeno jurídico, mas social, tendo sua origem numa depressão social que se exprime e se reforça através da expansão do direito.

A avalanche que atinge o judiciário é resultado do Estado Democrático de Direito, instituído pela constituição de 1988, o qual não proporcionando aos cidadãos as garantias e direitos trazidos pela carta acabam levando o indivíduo a procurar no judiciário a solução para todos seus conflitos e angústias. Para Garapon (1996, p. 22), “a explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas sim social”. Ainda, o autor arremata afirmando que “o juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram” (GARAPON, 1996, p. 23).

A promoção contemporânea do juiz não se deve tanto a uma escolha deliberada, mas antes a uma reação de defesa perante o quádruplo desmoronamento: político, simbólico, psíquico e normativo. O juiz, então, surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não



conseguem gerir de forma diferente a complexidade e a diversidade que geram.

O poder crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos deste fim de século. Nada mais escapa ao controle do juiz. Estas últimas décadas viram os contenciosos explodir e as jurisdições crescer e multiplicar-se ao mesmo tempo em que sua autoridade se tem diversificado e afirmado cada dia um pouco mais. O juiz manifesta-se num número de setores da vida social cada dia mais vasto. Antes de mais, na vida política, onde se viu desenvolver um pouco por todo mundo o fenômeno do ativismo jurisdicional.

Dessa forma nas palavras de Garapon “o juiz é, doravante, considerado como o árbitro de bons costumes e até mesmo da moralidade política”. Nesse mesmo viés, Garapon segue afirmando que (1996, p. 20):

Procura-se no juiz não só o jurista ou a figura do árbitro, mas também o conciliador, o apaziguador das relações sociais e até mesmo o animador de uma política pública como em matéria de prevenção da delinquência. (...). O juiz de menores tem por função distinguir os métodos educativos normais daqueles que não o são e definir, caso a caso, a fronteira entre a diferença cultural aceitável e aquela que já não o é.

Podemos denotar, partindo das palavras de Garapon que o juiz tornou-se um ideal, um referente para os cidadãos que encontram-se com problemas e que não possuem a capacidade de resolver sozinhos, buscando assim, na justiça, no confronto com a lei, a última referência, pois se não há como resolver sozinho seu conflito – o juiz resolverá.

Esse fato gera o problema do paternalismo judiciário, pois dessa forma “a justiça não pode apenas limitar-se a dizer o justo, ela deve simultaneamente instruir e decidir, aproximar-se e manter as suas distâncias, conciliar e optar, julgar e comunicar”, Garapon (1996, p. 21).

Diante desses fatos, decorreu o aumento do poder da justiça impulsionando o juiz a buscar um novo significado para sua atuação. Nessa nova cena, o direito passou a ser ator principal, ocasionando assim, o fenômeno do ativismo judicial. Contudo, Garapon adverte que esse entusiasmo no sentido de depositar todas as questões conflituosas no judiciário pode conduzir a um impasse, trazendo consequências negativas para a democracia (GARAPON, 1996).

Para o autor, em decorrência desse protagonismo, a justiça atingiu o mesmo patamar da democracia, fazendo com que todos os cidadãos tivessem alcance e acesso ao judiciário para reivindicar seus direitos, fato este, que resultou em obrigatoriedade de o juiz julgar, acabou gerando uma exigência por parte do juiz não somente de julgar, mas de administrar a máquina judiciária e dos meios de justiça que dispõe o judiciário (GARAPON, 1996).

Partindo dessa premissa, Garapon (1996) entende que a justiça passou a ser vista como solução para todos os problemas do indivíduo, ou seja, sendo um remédio para apaziguar o sofrimento do homem moderno. Mas o juiz, para responder de maneira satisfatória a essas tantas demandas com situações das



mais diversas possíveis, se vê obrigado a desempenhar novas funções e se adaptar a essas novas questões levadas ao judiciário.

Contudo, o autor mencionado faz certa advertência no sentido de que esse exacerbado entusiasmo pela justiça, pode conduzir a um impasse, de maneira a voltar-se contra a própria justiça, levando em consideração que a invocação indiscriminada dos direitos como está sendo feita atualmente, tem como efeito submeter ao controle judicial todos os aspectos da vida privada, o que não é saudável, ante ao fato que priva o indivíduo do seu autocontrole e sua liberdade.

Nesta seara, o fenômeno do ativismo judicial está atingindo as jurisdições da atualidade, fazendo com que a democracia, o direito e o próprio poder do Estado se sintam invadidos, e o juiz não possui o condão de resolver todos os conflitos decorrentes de uma sociedade em constante transformação. Por outro lado, a democracia tem que oferecer aos cidadãos novas formas de resolução de conflitos e que necessitam de legitimação, o fato é que atualmente qualquer atividade pode gerar conflitos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após a pesquisa realizada para este trabalho, denotamos que, a construção de uma arquitetura democrática do Poder Judiciário é preocupação que vem ocupando já há algum tempo juristas e sociólogos. A contemporaneidade mudou a forma das pessoas se relacionarem consigo próprias e com os demais cidadãos, e, sobretudo com as instituições – no caso específico, o Poder Judiciário.

Esse novo modelo de cidadão, que deposita no judiciário a esperança de ver sanado seus problemas, faz com que a sociedade exija uma nova conduta por parte dos magistrados, com respostas que por muitas vezes não presentes expressamente nos textos de lei.

O Poder Judiciário, com uma das formas de organização do Estado e que se faz representar por indivíduos, os Juízes, deve promover a transformação que dele se espera, fazendo com que os julgadores não se mantenham inócuos, incapazes de pensar o direito voltado para a realidade em que se insere.

Ao Poder Judiciário cabe trabalhar com o objetivo direcionado para a mudança da realidade social, o que significa como intérprete, fazer o melhor uso possível de suas atribuições para que possam conferir aos cidadãos a efetividade dos direitos expressos na constituição, com o cuidado de clamar pela democracia.

A partir da leitura do texto, podemos perceber a preocupação comum às críticas dos autores atinente a este espaço de voluntarismos e decisões desprovidas de carga hermenêutica e normativa, o que desnatura a função do direito como um sistema normativo e coloca o poder judiciário em uma posição ativista, desenhando os rumos da sociedade para além das decisões tomadas pelo poder legislativo ou mesmo pelo poder originário, o que deve ser observado para evitar que a democracia seja enfraquecida.





Frisa-se que o protagonismo judicial deve ser utilizado de forma preponderada entre a interpretação constitucional visando os direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes para o magistrado não se tornar soberano.

## REFERÊNCIAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização**. Instituto Piaget, 2005.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 20 agosto. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre, 1993/ Reimpressão 1999.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009

LEAL, Roberto Gesta. Leal, Mônica Clarissa Henning. **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos. Algumas experiências Latino-Americanas e Européias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, nº 58, nov. de 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2010.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos**. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stielmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. P. 391.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Instituto Piaget, 1996.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva 2010.



ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. **Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. (Orgs.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 181.

SARMENTO, Daniel. **Revista de direito do Estado: RDE / Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais**. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 3ª ed. Rio de Janeiro. Lúmen Juris. 2009



## **NEOCONSTITUCIONALISMO: A RECONFIGURAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

*Joici Antonia Ziegler<sup>1</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

É notório que o Direito brasileiro, nos últimos anos, vem sofrendo mudanças profundas relacionadas à emergência de um novo paradigma, tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, um movimento que parte da doutrina nominou de “neoconstitucionalismo”. As mudanças mais significativas se desenvolveram sob a égide da Constituição de 1988, envolvendo fenômenos diferentes, como o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito. Concomitantemente, diminui a importância do formalismo, possibilitando a emergência de métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico, considerado por alguns como uma reaproximação entre o Direito e a Moral.

Essas mudanças de paradigma levaram a uma nova análise e compreensão do sistema constitucional, bem como a uma necessidade de revisão metodológica visando abranger as novas posturas nele encontradas. Como corolário desse movimento, os temas como regras, princípios, subsunção e ponderação, adquiriram maior relevância, a ponto de serem identificados como elementos centrais da Teoria Constitucional contemporânea e a partir dos quais se pode postular o desenvolvimento de uma nova forma de conceber o constitucionalismo, no caso, o neoconstitucionalismo.

Baseado em Max Müller (2011, p. 15), há uma mudança substancial, no sistema de adoção de parâmetros neoconstitucionalistas. Segundo o autor, pode-se destacar o protagonismo judicial, a perda da hegemonia da lei como fonte de direito, a aplicação direta da constituição, a presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, a influência de conteúdos e discussões morais na aplicação das normas jurídicas, a violação da separação de poderes.

Assim, percebe-se que esses tópicos acima referidos, ocupam grande espaço no atual cenário jurídico, em razão dessa mudança na cultura jurídica que está sendo direcionada à constitucionalização forte de muitos ordenamentos jurídicos.

---

<sup>1</sup> Advogada, Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina, Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Tutela dos Direitos e sua Efetividade”, vinculado ao CNPq, sob a coordenação do Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’ Olmo e do Projeto de Pesquisa, vinculado à linha de Pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo.



Muitos autores têm buscado definir o atual estágio do constitucionalismo. O constitucionalismo, como se vê hodiernamente, é fruto de uma miríade de transformações na relação entre Estado e cidadão. Tais mudanças mostram-se tão complexas que se torna difícil definir o que vem a ser propriamente o constitucionalismo. Essas transformações serão abordadas a seguir, iniciando com uma breve referência as origens do neoconstitucionalismo, passando para suas características, bem como as implicações trazidas por esse fenômeno no direito brasileiro, para tanto citamos autores de renome que trabalham com o tema, com o objetivo de delinear os pontos mais importantes para a construção e desenvolvimento do neoconstitucionalismo, tendo como referencial teórico Max Müller, com sua obra intitulada *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*; bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 ORIGEM E CARACTERIZAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado na Espanha e na Itália, mas que tem se utilizado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação da obra intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003. Segundo Carbonell, (p. 09):

“O constitucionalismo contemporâneo tem definido seus traços característicos, nos últimos anos, sobretudo a partir do final da Segunda Guerra Mundial. São exemplos desse tipo de Constituições os textos fundamentais da Itália (1947) e Alemanha (1949) primeiro e de Portugal (1976) e Espanha (1978) depois. No entanto, desde então o constitucionalismo não tem permanecido como modelo estático, e sim que tem evoluído em muitos sentidos”. (Tradução nossa)

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli. Dentre os referidos autores, constata-se uma grande diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política havendo positivistas e não positivistas defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito, bem como opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.

Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores



comuns relevantes, o que justifica sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa (CARBONELL, 2003, p.11).

Conceituar neoconstitucionalismo, de fato, não é uma das tarefas mais fáceis, devido ao grande número de variáveis englobadas pelos juristas que se arriscam na tarefa. O neoconstitucionalismo abrange grande parte das principais características do constitucionalismo contemporâneo, aproximando ordenamentos jurídicos do *civil law* com características do direito constitucional próprio do *common law*.

Para Max Möller, no neoconstitucionalismo identifica-se uma aproximação das famílias de direito, exurgindo, por exemplo, no seio da família romano-germânica uma crescente aplicação direta dos princípios ao invés da restrição ao modelo normativo de regra, criando-se uma solução jurisprudencial ao caso concreto, em especial naquelas situações de vazio normativo. A dinamização do sistema, dessa forma, em muitas situações é construída pela ponderação. O autor define neoconstitucionalismo como (MÖLLER, 2011, p. 282):

“A mudança de atitude dos operadores jurídicos, a qual determina consideráveis alterações na prática jurídica. Um movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, que implica, fundamentalmente, a mudança de atitude dos operadores jurídicos; por sua amplitude e repercussão, está presente em uma série de campos jurídicos, o que é comprovado pela discussão do neoconstitucionalismo por filósofos do direito, por processualistas, por constitucionalistas, na análise de seu conflito com a democracia ou competência de órgãos de Estado, etc.”

Esse movimento está presente em vários setores jurídicos, tendo em vista a restituição diálogo “do direito com a justiça” e a recuperação ou explicitação dos valores morais aplicados ao direito, os quais sofreram um processo de distanciamento e até separação a partir da introdução do modelo positivista.

Dessa forma, essa nova cultura jurídica representada por valores a sustentarem um novo constitucionalismo, simbolizada por algumas Constituições do período pós-guerra, é uma tentativa de casamento entre democracia e constitucionalismo, designando que um tipo de Estado constitucional de Direito é uma justa e superior forma de organização política, que ele representa inúmeras vitórias e, por tal razão, precisa de desenvolvimento de uma ideologia constitucionalista que o defenda, (MÖLLER, 2011, p. 283).

Dimitri Dimoulis (2009) assinala que os ideais neoconstitucionalistas estão baseados em premissas já ventiladas no Direito Constitucional desde o século XIX, de maneira que o neoconstitucionalismo apenas agrega “solução para problemas que acompanham o direito desde a sua estruturação com base na Constituição”.



Seguindo o mesmo norte, Uadi Lammêgo Bulos (2011. P. 64) entende que o neoconstitucionalismo apenas reflete o desenvolvimento do constitucionalismo a partir do fim do século XVIII.

Partindo da análise das propostas trazidas pelos autores acima, denota-se que o movimento neoconstitucionalista surge como uma necessária reformulação do constitucionalismo que objetivava romper com este cenário caracterizado por um “constitucionalismo fraco”, afirmando a importância da Constituição, em uma pretensa ruptura com o pensamento positivista.

## 2.2. CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Acerca das características do neoconstitucionalismo, até por ser um fenômeno tão amplo, longe se está de se estabelecer uma unanimidade sobre quais são e quais merecem maior estatura. Dentre elas, consoante Ricardo Guastini, citado por Möller, destacam-se: a) constituição rígida; b) garantia jurisdicional da constituição; c) a força vinculante da Constituição; d) a sobreinterpretação da Constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; e f) a influência da Constituição sobre as relações políticas, (MÖLLER, 2011, p. 30).

Quando se fala em **rigidez constitucional** se entende a presença de uma constituição escrita, positivada em um texto próprio, ocupando o ápice do ordenamento jurídico, hierarquicamente acima das demais legislações. Essa rigidez constitucional também se apresenta em um rito próprio para a alteração de seu texto, com *quórum* qualificado para tanto, em um processo mais gravoso do que a elaboração das leis ordinárias, e, em alguns casos, pela presença de cláusulas pétreas, que não estão sujeitas a modificação. A rigidez constitucional é elemento indispensável para garantir a supremacia hierárquica da constituição, assim como proteger seus conteúdos materiais.

A **garantia jurisdicional** da Constituição advém da compreensão de que os poderes estão vinculados aos mandamentos constitucionais, e normalmente a garantia da autoridade dos comandos da Lei Maior é responsabilidade de um Tribunal Constitucional.

Ricardo Guastini citado por Max Möller (2011, p.32), destaca que nas constituições contemporâneas é possível encontrar várias formulas e sistemas de controle de constitucionalidade das leis, como por exemplo, um controle *a priori* ou *a posteriori*, ou seja, antes ou depois da promulgação das leis, o controle concreto (difuso), feito por um juiz em um caso concreto e o abstrato (concentrado), o qual se faz diretamente sobre o texto da lei. O que importa realmente para o (neo) constitucionalismo é a existência de um controle externo ao Poder Legislativo, de preferência exercido por um controle neutro, o Tribunal de Constitucional.

Para Gomes Canotilho, em citação de Möller, a **jurisdição constitucional** constitui um reequilíbrio entre os poderes do Estado, sendo que esta não é mero aplicador das normas criadas pelo Poder Legislativo, mas que se afirma como um poder igual e não dependente do Legislativo, assumindo



assim uma função de controle dos atos legislativos, e por consequência do próprio direito. Exsurge, daí, a centralidade da função judiciária para o êxito do modelo neoconstitucional (MÖLLER, 2011, p.32).

Em relação à **força vinculante da Constituição**, entende-se seu reposicionamento dentre as fontes do direito, bem como a atribuição de seu caráter normativo, não considerando mais a constituição como mero instrumento normativo de organização do poder, que consagra tão somente normas secundárias. As normas constitucionais devem orientar a atuação dos poderes estatais, permitindo que em alguns casos possam ser aplicadas tanto no sentido negativo, no caso do controle de constitucionalidade de outras normas infraconstitucionais, bem como de forma afirmativa, orientando um posicionamento interpretativo ou mesmo de fundamento para deferimento de uma prestação individual.

A força vinculante da Constituição rompe com o caráter meramente político, como observa Guastini, citado por Möller (2011, p. 34):

“Um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio de uma cultura jurídica, da ideia de que toda norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos.

Para Luís Roberto Barroso, (2006, p. 486), as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

A força normativa da Constituição é elemento importante para o neoconstitucionalismo, passando muito pela atuação dos intérpretes sua afirmação. Nesse aspecto, tendo em vista que a Constituição não prevê apenas regras, mas também princípios, o método de subsunção não dá conta da aplicabilidade da totalidade de suas normas, entrando em cena a interpretação e, em particular, a ponderação. Pela ponderação há a criação do direito de acordo com o caso concreto, pelo que se passa da análise geral abstrata para a análise concreta. Nesse processo, o julgador não tem todos os parâmetros de atuação definidos, inovando o ordenamento dentro de uma construção racional, ponderando valores envolvidos, daí advindo o protagonismo judicial.

A **sobreinterpretação** é uma das mais importantes características propostas pelo neoconstitucionalismo, significando, a extensão da constituição a todos os espaços vazios do ordenamento, de forma que a matéria não prevista em uma regra específica encontre na Constituição um mínimo de regulação (MÖLLER, 2011, p.36).

A interpretação tradicional não está superada como um todo, pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas. No entanto, os operadores do direito se deram conta nos últimos tempos de uma situação de carência, pois as categorias tradicionais da interpretação jurídica não estão inteiramente ajustadas para a solução de um



conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir de então deflagrou-se um processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico, (BARROSO, 2006, p. 488).

Quando um texto normativo apresenta lacunas, essas lacunas devem ser objeto de interpretação que por sua vez, podem estar presentes tanto no interior de uma norma, como consistir em situação de fato não prevista pelo sistema jurídico. Para os casos em que não há previsão legal usa-se a discricionariedade, pois é dever do juiz buscar uma solução para todos os casos, de acordo com uma norma constitucional, trazendo à baila a figura do ativismo judicial.

A questão da **aplicação direta das normas constitucionais** está intimamente ligada com a força vinculante da constituição, ou seja, a constituição tem força vinculante quando suas normas são diretamente aplicadas; e as normas são diretamente aplicadas em razão da força vinculante da constituição. Esta última constituiria um dogma do neoconstitucionalismo, ao passo que a aplicação direta seria a consequência da aceitação da força vinculante.

A aplicabilidade direta das normas constitucionais constitui um passo adiante em relação ao controle de constitucionalidade, a partir disso, é possível utilizar a norma constitucional não apenas para orientar e limitar o conteúdo das leis, mas também para fundamentar pretensões diretamente em uma norma constitucional. Aplicabilidade direta da norma consiste em um argumento ideológico do neoconstitucionalismo que propõe mudança de postura por parte dos juízes nos casos de ausência de lei ou de sua contrariedade à Constituição.

Por fim, **a influência da Constituição sobre as relações políticas**, constitui-se em um argumento central da teoria neoconstitucionalista, pois a partir dele se constroem e fundamentam todas as demais características. Para Dieter Grimm, citado por Möller, esse tema é tão ou mais importante que a jurisdição constitucional, em razão do seu protagonismo, principalmente no que se refere à falta de legitimidade dos juízes para construir soluções jurídicas a partir de princípios ou de deixarem de aplicar determinada norma para entendê-la conflitiva com um valor constitucionalmente positivado (MÖLLER, 2011, p. 41).

Tecidas algumas considerações acerca das principais características do neoconstitucionalismo, passamos a adentrar no tocante a importância dos princípios para o neoconstitucionalismo.

### **2.3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS**

O neoconstitucionalismo trouxe significativas alterações em campos do direito atual, particularmente no âmbito da interpretação normativa. A consideração do caráter normativo da Constituição e a necessidade de regular





campos jurídicos e proteger valores através de soluções que necessitam ser construídas a partir da ponderação de valores contrapostos, desencadeia um processo de alteração da atividade de aplicação de normas jurídicas, que passa a constituir um processo mais complexo que a subsunção.

Da mesma forma, destaca-se a importância do caráter normativo dos princípios, antes considerados simples adornos da Constituição, de modo a ser possível afirmar que a compreensão dos sistemas jurídicos contemporâneos passa, necessariamente, pela compreensão da função dos princípios dentro dos novos ordenamentos constitucionais.

Diante da crise da noção tradicional da norma limitada à estrutura de regra, volta-se o direito à consideração dos critérios normativos de princípios, antes considerados como meras normas políticas dirigidas ao legislador. Tal estrutura de norma, em razão de características peculiares, como a maleabilidade, que permite alcançar um âmbito regulativo mais amplo, sem a necessidade de previsão detalhada do suposto fático, acaba por apresentar-se como adequada para o controle jurídico do poder, função importante do direito particularmente nos modelos intervencionistas como o do Estado Social.

Essa abertura e diversidade de aplicação destaca a importância do intérprete, que não mais está atrelado a uma estrutura demasiado rígida de interpretação, tal como a proposta do método subsuntivo. Os princípios permitem ao intérprete alcançar situações que antes não se enquadrariam no suposto fático, ou mesmo criar soluções distintas das previamente previstas, na medida em que se reconheça o caráter normativo dos princípios constitucionais.

Entretanto, esse triunfo dos princípios como norma jurídica e sua constante aplicação pelos juízes e tribunais, das mais diversas formas, demanda maior atenção teórica por parte dos juristas. A inclusão dos princípios no processo interpretativo torna mais complexo o caminho entre a situação fática e a solução jurídica gerando um novo paradigma de interpretação jurídica. Não se trata de substituição do método de subsunção por um modelo principiológico de ponderação, mas de agregar os princípios e a ponderação ao processo de interpretação que, em razão disso, torna-se mais complexo, tal como aponta Luis Prieto (2003, p. 132):

Talvez os princípios sejam um dos últimos e mais vistosos artifícios fabricados pelos juristas capazes de servir por igual a malabarismos conceituais que a propósitos ideológicos, de valer o mesmo para estimular uma certa racionalidade argumentativa que para encobrir as mais disparadas operações hermenêuticas. E, talvez por isso os princípios não gozam da mesma fama ou opinião em todos os círculos jurídicos.

Dessa forma, os princípios já não são mais considerados mera retórica constitucional, mas normas jurídicas em sentido estrito. A questão que projeta os princípios ao centro da discussão normativa atual é a constatação de que, não restam dúvidas sobre o seu caráter normativo. Se por um lado é verdadeiro o fato de que muitas das potencialidades normativas atribuídas a



normas chamadas de princípios são absolutamente discutíveis e controversas, por outro lado é necessário admitir que seu caráter normativo já esteja consolidado pela possibilidade de sua aplicação direta, mesmo ante a presença de eficácias diversas.

Assim, os princípios possuem ampla utilização como razão jurídica e argumentativa nos processos de ponderação, principalmente nos casos em que encontram como barreira outro princípio que lhe seja contrário. Para Müller (2011, p. 18):

Os princípios, como normas abertas, que alcançam um número muito maior de situações e não trazem uma consequência jurídica específica, acabam por revolucionar o campo da interpretação jurídica e do direito constitucional, o momento em que deixam de ser meras normas orientadoras da ação do legislador e passam a influenciar diretamente nos processos de aplicação do direito.

Antes de avançar no exame da subsunção e da ponderação, convém assentar o que se entende por princípio, cujo significado está distante de obter consenso doutrinário ou jurisprudencial. Assevere-se a significativa evolução da concepção de princípio, que no constitucionalismo contemporâneo assume feições normativas muito diversas de um passado não muito remoto, no qual os princípios eram considerados mero instrumento de retórica ou, no máximo, normas complementares com a finalidade de preencher lacunas eventualmente existentes no ordenamento positivado.

Nos parâmetros atuais, não há dúvida acerca das possibilidades de alargamento do alcance do direito que é possibilitado a partir do novo modelo normativo baseado em princípios, os quais funcionam como mecanismo de abertura, superando o outrora sistema fechado e rígido de regras. No intento de se aproximar de uma definição de princípios, Humberto Ávila (2009, p. 12), afirma:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes na conduta havida como necessária à sua promoção.

Robert Alexy (1998, p. 12) assim define princípios:

[...] princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...].

O mesmo autor esclarece que,



(...) por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente (ALEXY, 1998, p. 138).

A ideia central no que tange à conceituação de princípios é a de concebê-los com caráter normativo, portanto são normas. Acerca do caráter axiológico dos princípios, eles devem ser entendidos como normas parciais em seus enunciados, mas que interagem com outras normas opostas através de um processo quase político de negociação, cedendo ou preponderando, dependendo do caso. Caracterizam-se, assim pela aplicação a partir de um processo de ponderação (ALEXY, 1998, p. 138).

A partir dessa concepção, é possível definir os princípios jurídicos como normas jurídicas de forte caráter axiológico, que ocupam posição fundamental nos sistemas e subsistemas como razões de justificação própria e de outras normas, possuindo normalmente uma estrutura diferenciada, não impondo uma solução única, interagindo com outras normas contrárias através do processo de ponderação (ALEXY, 1998, p. 140).

A respeito dos princípios, ao longo do tempo eles passaram por várias mudanças e atualmente possuem força normativa. A subsunção ocorre quando existe uma norma que se encaixa como solução para um caso concreto. Com a evolução da sociedade, novas situações surgiram, as quais nem sempre se encontram subsumidas a determinada regra, como por exemplo, nos possíveis conflitos resultantes dos avanços tecnológicos e científicos. Nesses casos, cresce a importância dos princípios constitucionais, os quais são uma espécie de ferramenta hermenêutica de solução de controvérsias.

A riqueza e amplitude dos princípios elencados na Constituição de 1988 é inegável, e inúmeras relações sociais ali encontram suporte jurídico. No entanto, diante fluidez das relações modernas que se modificam a todo o momento, há situações em que esses princípios colidem, as quais podem ser solucionadas pelo caminho da ponderação, elevando-se a estatura daquele que se considera mais adequado à situação concreta.

No que concerne aos princípios de subsunção e ponderação, Barroso (2008, p. 53), trás a seguinte lição:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá



prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.

O juízo de ponderação é construído a partir da própria concretização do entendimento extraído de um determinado princípio. Dessa forma, a prática da ponderação não desqualifica e não nega a validade de um princípio preterido, mas tão somente dá maior peso a outro no solucionar determinado caso. A ponderação é um método para a solução de conflitos constitucionais, necessária quando temos pelo menos dois princípios com o mesmo valor que são aplicáveis ao mesmo caso. Ponderar é, então, buscar a melhor decisão quando na argumentação jurídica concorrem razões que justificam duas decisões de igual valor (SANCHÍS, 2003, p. 136).

Dessa forma, a ponderação consiste em uma técnica de decisão judicial diante de casos essencialmente difíceis, principalmente em discussões acerca do princípio da proporcionalidade e referente à matéria de direitos fundamentais. Sobre o princípio da ponderação, Ana Paula de Barcellos, (2005, p. 128), menciona que:

A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês 'hard cases'), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser escrita da seguinte forma; premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando a aplicação, diversas premissas maiores igualmente validas e da mesma hierarquia que, todavia, indicam normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.

A aplicação da ponderação envolve três momentos distintos, em que o intérprete formulará os fundamentos para o devido sopesamento em questão. No primeiro momento, o interprete identifica o sistema que opera as normas relevantes para a possível solução do caso concreto. É a fase de preparação da ponderação, devendo ser analisados todos os elementos de fundamentação para a concretização do sopesamento (BARCELLOS, 2005, pg. 136) .

Em um segundo passo, devem ser analisados os fatos em consonância com os elementos normativos, momento em que ocorre o preenchimento do real sentido dos princípios em colisão, é em síntese, a realização da ponderação strictu sensu, fundamentando-se a relação estabelecida entre os elementos do objeto de sopesamento. O intérprete deve sopesar cada princípio em conflito, observando os efeitos e consequências práticas do uso do princípio que irá preferir. Já o momento derradeiro é caracterizado pela apuração dos pesos atribuídos aos elementos em disputa na relação do sopesamento. Nessa fase, o grupo de normas deve ter prevalência no caso



concreto, devendo haver, se possível, disposição quanto à graduação da intensidade da solução prática escolhida, (BARCELLOS, 2005, pg. 138).

O que não pode ser esquecido é que para aplicação da ponderação é necessário fazer o uso da argumentação, não sendo mais satisfatórias somente as premissas ideológicas nas quais se erigiu a constituição. Nesse sentido, Barroso (2006, p. 489) leciona:

Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz* já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

A ponderação em si mesma é uma atividade subjetiva por parte do intérprete, não controlável racionalmente. Dessa forma, quando não há uma legislação específica para um caso concreto, e, em não havendo a possibilidade de o julgador isentar-se de decidir sobre a situação posta, surge à necessidade de buscar a solução nos princípios. E quando há a colisão de princípios ou a necessidade de sopesamento entre eles, a ponderação suaviza, ou seja, o intérprete, analisando o caso, vai decidir baseado em seus conceitos e circunstâncias (GUASTINI, 2003, p. 53-55).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a traçar algumas linhas sobre a nova configuração do Direito a partir do neoconstitucionalismo que inovou com base na Constituição Federal de 1988, quando está positivou uma gama enorme de princípios que possibilitam a abertura para uma maior interpretação dos mesmos. Buscamos, neste contexto, entender um pouco do significado do neoconstitucionalismo a partir de suas características.

Após essa análise, percebemos que houve uma mudança de paradigma no que concerne ao surgimento dos princípios a fim de conferir um novo caráter ao direito vigente. Através da constatação da força normativa dos princípios, eles se tornam exigíveis. Os princípios, que determinariam que algo fosse realizado na maior medida do possível, foram entendidos como norte de aplicação das regras, como verdadeiros mandatos de otimização (Robert Alexy, 1988).

A sociedade democrática do século XXI necessita de maior efetividade dos direitos e garantias fundamentais, inclusive, no âmbito jurisdicional, para dar maior e melhor efeito à pacificação social. Deve-se abrir caminho para as mudanças comportamentais do judiciário, permitindo-se uma postura mais ativa dentro dos limites expressos na Constituição propostos pelo neoconstitucionalismo.



O neoconstitucionalismo representa uma nova ordem constitucional. A Constituição emerge como centro e fonte norteadora de todo o ordenamento jurídico. Releva-se o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, sobrepondo-se o formalismo da subsunção pela ponderação racional da norma, diante dos valores constitucionais. Desconstrói-se o paradigma de aplicação cega da lei, de modo que esta encontre seu fundamento de validade diretamente na norma constitucional, entendida assim, como as regras e princípios constitucionais, notadamente o catálogo de direitos fundamentais.

Denotou-se também que, o neoconstitucionalismo não constitui uma teoria fixa e imutável, mas um conjunto de preposições para qualificação do direito, sempre pautado na força normativa da constituição e na adoção desta como marco referencial dos ordenamentos jurídicos. Esse movimento representa nitidamente uma mudança de paradigmas tendo como consequência alterações em vários ramos do direito (MÜLLER, 2011).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría General de los derechos Fundamentals**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993,

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência**”. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Num. 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, Salvador.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdiccional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional- Ponderação, Direitos Fundamenta e relações Privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. VERONESE, Osmar. **Constituição: um olhar sobre minorias vinculadas à seguridade social**. Curitiba: Juruá, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 64.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma Nova Crença na Constituição. Brasília: Rev. de Informação Legislativa, nº 110, 1991.



COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901>. Pdf> Acesso em 25 ago. 2015.

DIMOULIS, Dimitri. **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico.** In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea.* Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Barcelona: Ariel, 1999.

GUASTINI, Ricardo. **Sovranità popolare, legge, giurisdizione”, in interpretazione e diritto giudiziale: regole, metodi, modelli.** (org. <ario Bessone). Torino: Giappocheelli, 2002.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La teoria del derecho em tempos de constitucionalismo.** In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s).* 2º ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 159.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 38.

MASSINI, Carlos. **La teoria del derecho natural em el tempo pós-moderno.** Madrid: Cuadernos DOXA, n. 21, vol. II, 1998. p. 300.

PRIETO, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2003, p 86.

SANTRE ARIZA, Santiago. **La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo.** In. A. A.V.V. *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 240.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid: Trotta, 1995.



## O FASCINANTE MUNDO DA BIODIVERSIDADE E AS INFLUÊNCIAS MERCANTILIZATÓRIAS NA DIVERSIDADE DA VIDA<sup>1</sup>

*Jonathan Dalla Rosa Melo<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente artigo pretende estudar as influências da autonomia privada da mercantilização (autonomia/consumo). Contextualizando as riquezas inexploráveis apontadas pelos estudos de Edward Osborne Wilson, que é professor de biologia evolucionista e curador de entomologia do Museu de Zoologia Comparada da Universidade de Harvard. Realiza-se interações com o livro *Epistemologias do Sul* de Boaventura de Sousa Santos, relacionando a ecologia dos saberes para alcançar o conhecimento científico e o não científico e assim estuda-lo de forma transdisciplinar. Aponta o debate ideológico e ético ambiental sobre as questões preponderantemente dominantes, as quais devem ser rompidas e perpassadas por soluções enfrentam os desafios complexos das ordens econômicas, sociais, cultural e ética. E, por fim mostra a existência da mercantilização dos conhecimentos e da natureza.

**Palavras-chave:** Diversidade; Ideologia; Biodiversidade; Mercado; Vida.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por finalidade demonstrar as questões que envolvem “O Fascinante Mundo da Biodiversidade e as influências mercantilizatórias na diversidade da vida”, onde inicialmente, realiza-se uma abordagem, contextualizando as riquezas inexploráveis, sob os estudos do professor Edward Osborne Wilson que é professor de biologia evolucionista e curador de entomologia do Museu de Zoologia Comparada da Universidade de Harvard. Nesse viés realiza-se interações com o livro *Epistemologias do Sul* de Boaventura de Sousa Santos mostrando-se a ecologia dos saberes para alcançar o conhecimento científico e o não científico, de forma transdisciplinar.

Em segundo momento aponta o debate ideológico e ético ambiental ao deve-se a educação na busca de soluções que perpassam questões preponderantemente dominantes, as quais devem ser rompidas.

---

<sup>1</sup> O presente artigo é parte de Pesquisa vinculada à Linha I – Direito e Multiculturalismo do Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 101271; Técnico em Agropecuária inscrito no CREA/RS sob o nº 174500; Radialista; Locutor, Apresentador, Animador; E Agricultor no Lajeado das Pombas-Santo Ângelo/RS. E-mail: jonathandallarosa@gmail.com.





Já no terceiro e último momento, destaca-se a mercantilização da natureza, e dos conhecimentos expressados no contexto da biodiversidade, pela dominação do meio ambiente, que envolve o humano e não-humano, que é realizado pelo sistema capitalista no contexto econômico-neoliberal demonstra a capacidade deste em colonizar quase todas as esferas sociais e ambientais naturais.

A metodologia utilizada nesta pesquisa abrange o modo de análise prioritariamente dedutivo; o método de procedimento envolve uma abordagem sócio analítica e, no que se refere à técnica da pesquisa, foi utilizada documentação direta e analítica.

## 1. CONTEXTUALIZANDO AS RIQUEZAS INEXPLORÁVEIS

Visualiza-se quanto ao ponto das riquezas inexploradas, o seguinte:

É seguro supor que existe uma vasta gama de outras espécies benéficas ainda desconhecidas. Um besouro raro sobre uma orquídea num remoto vale dos Andes talvez secrete uma substância que cure o câncer do pâncreas. Uma gramínea da qual só restam vinte plantas na Somália talvez possa oferecer cobertura verde e forragem para os desertos salinos no mundo. Não há como avaliar esses tesouros selvagens. Só podemos admitir que são imensos e que têm pela frente um futuro incerto.

De início, precisamos reclassificar os problemas ambientais de uma maneira que reflita a realidade com maior precisão. Há duas, e somente duas, grandes categorias. A primeira são as alterações no ambiente físico que o tornam pouco congenial para a vida: a síndrome já familiar da poluição tóxica, a deterioração da camada de ozônio, o aquecimento atmosférico pelo efeito estufa, o esgotamento das terras aráveis e dos estratos aquíferos – tudo isso acelerado pelo aumento da população humana. Essas tendências podem ser revertidas se tivermos força de vontade para tal. O meio ambiente físico pode ser reorientado de volta e mantido firme num estado próximo ao ideal para o bem estar humano.

A segunda categoria é a perda de diversidade biológica. A causa fundamental é também a espoliação do meio ambiente físico. Mas, afora isso, é radicalmente diferente em qualidade. Embora as perdas não possam ser recuperadas, a sua velocidade pode ser desacelerada até atingir os níveis quase imperceptíveis da pré-história. Se o que restar for um mundo biótico inferior ao que a humanidade herdou, pelo menos um equilíbrio terá sido atingido quanto ao nascimento e morte de espécies. Além disso há um aspecto positivo que não existe na reversão da deterioração física: a mera tentativa de resolver a crise de biodiversidade oferece grandes benefícios nunca antes auferidos, pois salvar espécies é estudá-las de perto, e conhecê-las bem é investigar suas características de maneiras inéditas (WILSON, 2008, p. 303-304).

As “epistemologias do Sul”, assim consideradas por esse autor, apresentam uma forma menos destrutiva da natureza, pois sua intervenção



parte de um saber que integra o pensamento que planeja à religião e à tradição.

Para uma agricultura sustentável, podemos pensar nas diversas formas sustentáveis utilizadas por indígenas e pelos pequenos agricultores que adotam a agricultura de subsistência.

Uma revolução no pensamento conservacionista ocorrida nos últimos vinte anos, um Novo Ambientalismo, levou-nos a perceber o valor prático das espécies selvagens. Exceto em bolsões de ignorância e malícia, não há mais uma guerra ideológica entre defensores do meio ambiente e os agentes do desenvolvimento econômico e tecnológico. Todos estão hoje cientes de que a saúde e a prosperidade sofrem num meio ambiente deteriorado. Todos também compreendem que nenhum produto útil pode ser obtido de espécies extintas. Se as terras selvagens em degeneração forem exploradas por seu material genético em vez de destruídas por alguns metros cúbicos a mais de maneira ou alguns alqueires a mais de roça, seu potencial econômico será imensamente maior ao longo do tempo. Espécies recuperadas podem ajudar a revitalizar a própria indústria madeireira, a agricultura, a medicina e outros setores. As terras selvagens são como um poço mágico: quanto mais é tirado delas em conhecimentos e benefícios, mais há nelas para ser tirado (WILSON, 2008, p. 304).

Entretanto, Santos não despreza os frutos do conhecimento científico, gerador de tecnologias capazes de aumentar a expectativa e a qualidade de vida da espécie humana, mas propõe uma epistemologia pós-abissal, denominada por ele de Ecologia dos Saberes, que integre as diversas formas de saber no tratamento às reais necessidades ecológicas e às diversas formas de exclusão social. Essa epistemologia precisa visar ao horizonte do interconhecimento. Assim, Santos considera que:

A utopia do interconhecimento consiste em aprender outros conhecimentos sem esquecer os próprios. O princípio da prudência que subjaz à ecologia de saberes [...] convida a uma reflexão mais profunda sobre a diferença entre a ciência como conhecimento monopolista e a ciência como parte de uma ecologia de saberes (SANTOS, 2006, p. 87).

É preciso que os conhecimentos hegemônicos do Norte escutem as epistemologias do Sul no que essas alcançaram em termos de intervenções sustentáveis, pois embora pareçam apresentar técnicas simples, são sustentadas pelo respeito às suas tradições culturais. Desse modo, podemos identificar o problema que está no cerne do conhecimento científico como destruidor da natureza, isto é, a separação sujeito/objeto. A visão de homem e de mundo que perpassam os saberes abissais – isto é, a compreensão da integração ser humano e ambiente – é responsável pela forma cuidadosa e respeitosa de intervenção no mundo.

Ademais, em sua Ecologia dos Saberes, Santos adota uma postura pragmática que traga reais intervenções de mudança social e ambiental. Para tanto trata da questão da hierarquia dos saberes de forma positiva.



Segundo ele, A ecologia de saberes assenta na ideia pragmática de que é necessária uma reavaliação das intervenções e relações concretas na sociedade e na natureza que os diferentes conhecimentos proporcionam. Centra-se, pois, nas relações entre saberes, nas hierarquias que se geram entre eles, uma vez que nenhuma prática concreta seria possível sem essas hierarquias. No entanto, em vez de subscrever uma hierarquia única, universal e abstrata entre os saberes, estabelece hierarquias em conformidade com o contexto, à luz dos resultados concretos pretendidos ou atingidos pelas diferentes formas de saber (SANTOS, 2006, p. 89).

Como observar-se, a ecologia dos saberes de Boaventura de Sousa Santos é uma proposta de trabalho transdisciplinar, uma vez que propõe uma integração dos saberes científicos aos não científico. De tal maneira, ecoa quando verifica-se no livro “Planejamento Ambiental: teoria e prática” de Rozely Ferreira dos Santos, o seguinte:

Vários planejadores sugerem adotar o termo transdisciplinariedade ao invés de interdisciplinariedade, justamente porque reflete melhor a necessidade de vincular os temas numa única direção, sempre relativizando a importância de um em relação aos outros. A transdisciplinariedade exige procedimentos e conceitos simples, comuns e pré-estruturados, de forma que possam ser entendidos pelas diferentes disciplinas. Além disso, deve-se manter o conhecimento especializado original, para preservar a qualidade do trabalho. Pode-se dizer que até o presente momento, esse é um discurso teórico, pressuposto em pesquisa e prática (SANTOS, 2004, p.72).

Assim, transcrevo de forma fascinada, o que se tem sobre as riquezas inexploráveis:

A maneira antiga de encarar a conservação da biodiversidade consistia em uma mentalidade de *bunker*: fechar as terras selvagens mais ricas, transformá-las em parques e reservas, e colocar guardas na entrada. A humanidade que resolvesse seus problemas nas terras não protegidas e aprendesse a apreciar o enorme patrimônio preservado lá dentro – como dá valor a suas catedrais e templos nacionais. Parques e guardas são necessários, sem dúvida. Essa postura funcionou em certa medida nos Estados Unidos e na Europa, mas não tem como ser bem-sucedida no grau necessário nos países em desenvolvimento. O motivo é que são os povos mais pobres e com o maior crescimento populacional que vivem próximos dos depósitos mais ricos de diversidade biológica. Um agricultor peruano que derruba a floresta pluvial para alimentar sua família, avançando de trecho em trecho e de lote em lote à medida que os nutrientes do solo vão se exaurindo, cortará mais tipos de árvores do que existem nativos em toda Europa. Se ele não tiver outra maneira de ganhar a vida, não como impedir a derrubada das árvores (WILSON, 2008, p. 304-305).

Saber e compreender realidade é fator importante. Pois ela reconhece e mostra as verdadeiras maneiras de como se desenvolvem-se os novos



métodos, principalmente, quando são destrutivas da natureza conferidas à mão invisível da economia de mercado. Evitar isso, não é tarefa fácil, mas tem que ser realizado de forma unida e sustentável.

As mudanças estão aí, e com elas aborda-se:

Esta revolução foi acompanhada por uma outra mudança na maneira de pensar a biodiversidade: o enfoque principal deixou de ser as espécies e passou a ser os ecossistemas em que elas vivem. Espécies luminares, como os pandas ou as sequoias, não se tornaram menos consideradas que antes, mas passaram a ser vistas também como agentes protetores de seus ecossistemas. Aos ecossistemas, por sua vez, que contêm milhares de espécies menos evidentes, atribuiu-se um valor equivalente, suficiente para justificar esforços intensos para conservá-los, com ou sem espécies luminares. Quando o último tigre de Bali foi morto a tiros, em 1937, a diversidade restante da ilha não perdeu nada da sua importância (WILSON, 2008, p. 305).

Na verdade mostra-se que:

Na realidade, as espécies humildes e ignoradas são frequentemente as tendências verdadeiras espécies luminares. Um exemplo de uma espécie que passou da obscuridade para a fama graças às suas características bioquímicas é a pervinca rósea (*Catharanthus roseus*) de Madagascar, uma planta discreta com uma flor rosada de cinco pétalas. Mas ela produz dois alcalóides, a vimblastina e a vincristina, que curam maior parte das vítimas de dois dos mais mortíferos cânceres, o mal de Hodgkin (que afeta principalmente jovens adultos) e a leucemia linfática aguda, que costumava ser uma verdadeira sentença de morte para crianças. A renda obtida com a produção e venda dessas duas substâncias ultrapassa 180 milhões de dólares por ano. E isso nos traz de volta ao dilema da intencionalidade das riquezas biológicas do mundo pelos povos economicamente mais pobres do mundo. Cinco outras espécies de pervincas ocorrem em Madagascar. Uma delas, *Catharantus coriaceus*, está próxima da extinção, pois seu último habitat natural, a região de Betsileo, no planalto central, está sendo desflorestado para a agricultura.

Poucos estão cientes do quanto nós já dependemos de organismos silvestre para medicamentos. A aspirina, a droga mais usada no mundo, foi obtida do ácido salicílico descoberto na ulmaria (*Filipendula ulmarina*) e mais tarde combinado com ácido acético para criar o ácido acetilsalicílico, um analgésico mais potente. Nos Estados Unidos, um quarto das receitas médicas aviadas em farmácias são substâncias extraídas de plantas. Outros 13% vêm de microorganismo e 3% de animais, totalizando 40% de medicamentos provenientes de organismos. Mas todos esses materiais são apenas uma fração íntima da enormidade disponível. Menos de 3% das plantas floríferas do mundo, cerca de 5 mil de 220 mil espécies, foram examinadas à procura de alcalóides, e mesmo assim de maneira limitada e aleatória. O poder anticancerígeno da pervinca rósea foi descoberto por mero acaso, simplesmente porque a espécie era encontrada em profusão e estava sendo estudada por sua suposta eficácia como um antiurético (WILSON, 2008, p. 305-306).



A literatura científica e o folclore estão cheios de outros exemplos de plantas e animais valorizados na medicina popular que ainda não foram objeto de pesquisas. Assim:

Durante séculos milhões de pessoas têm limpado seus dentes com galinhos de margosa, besuntado afecções de pele com suco da folha margosa, tomado como tônico e colocado folhas de margosa em seus, livros, despensas, armários e guarda-roupas para manter os insetos afastados. A árvore já aliviou tantos tipos diferentes de dores, febres, infecções e outros males que foi chamada de “farmácia da vila”. Para milhões de indianos, a margosa tem poderes milagrosos, e agora cientistas de todo o mundo começam a achar que os indianos talvez tenham razão (WILSON, 2008, p. 306).

Pois bem:

Nunca pode se devem relegar notícias de tais poderes a superstição ou lenda. Os são químicos exímios. Em certo sentido, coletivamente eles são melhores do que todos os químicos do mundo na síntese de moléculas orgânicas para uso prático. Ao longo de milhões de gerações, cada tipo de planta, animal e microorganismo experimentou substâncias químicas para satisfazer suas necessidades específicas. Cada espécie sofreu um número astronômico de mutações e recombinações gênicas que afetaram seu mecanismo bioquímico. Os produtos experimentais assim obtidos foram testados pelas forças implacáveis da seleção, uma geração por vez. A classe especial de produtos químicos em que a espécie se tornou mestra é determinada precisamente pelo nicho que ela ocupa. A descoberta dessas substâncias em espécies selvagens é apenas uma fração das oportunidades que nos aguardam. Uma vez identificado quimicamente o composto ativo, ele pode ser sintetizado em laboratório, frequentemente a um custo menor que o da extração de tecidos *in natura*. No passo seguinte, o composto químico natural fornece um protótipo a partir do qual uma classe inteira de novos produtos químicos pode ser sintetizada e testada. Algumas dessas substâncias quase naturais podem se revelar ainda mais eficientes em pacientes humanos do que o protótipo, ou então curar doenças que nunca foram combatidas com produtos químicos de sua classe estrutural na natureza. A cocaína, por exemplo, é usada como um anestésico local, mas também serviu de ponto de partida para sintetizar em laboratório um grande número de anestésicos especializados que são mais estáveis, menos tóxicos e viciam menos do que o produto natural. Ao lado está uma breve lista de produtos farmacêuticos obtidos de plantas e fungos:

As mesmas perspectivas alencadoras existem com respeito a plantas silvestres que possam servir de alimento. Pouquíssimas espécies de possível importância econômica chegam a atingir os mercados mundiais.

Talvez 30 mil espécies de plantas tenham partes comestíveis e, ao longo da história, um total de 7 mil tipos foi cultivado ou coletado como alimento. No entanto, dessas últimas, somente vinte espécies fornecem 90% do alimento do mundo, e apenas três delas – trigo, milho e arroz – fornecem mais da metade. Esta fina gama de



diversidade ainda é enviesada para os climas mais frios e, na maior parte do mundo, cultivada em monoculturas suscetíveis a doenças e ataques de insetos e vermes nematóides.

As frutas ilustram bem essa subutilização. Uma dúzia de espécies da zona temperada – maçãs, pêssegos, peras, morangos e outras de uma lista bem conhecida de todos nós – dominam os mercados do hemisfério norte e também são usadas intensamente nos trópicos. Em contraste, há no mínimo 3 mil outras espécies disponíveis nos trópicos, das quais duzentas chegam a realmente ser usadas. Algumas, como cherimólias, mamões e mangas, juntaram-se ultimamente às bananas como importantes produtos de exportação, enquanto carambolas, tamarindos e coquinhos começam a entrar promissora na lista. Mas a maioria dos consumidores do hemisfério norte ainda desconhecem o sabor de *lulos* (a “fruta dourada dos Andes”), *mamones*, rambutões e os semilendários duriões e mangostões, considerados pelos aficionados como as melhores frutas do mundo (WILSON, 2008, p. 306 a 311).

Atualmente percebe-se de forma categórica que:

Nossas dietas restritas são consequências menos de uma opção do que de acidente. Continuamos dependendo de espécies de plantas descobertas e cultivadas por nossos antepassados neolíticos nas diversas regiões onde a agricultura teve início. Esses berços da agricultura incluem o Mediterrâneo, o Oriente Próximo, a Ásia Central, o chifre da África, o cinturão de arroz da Ásia tropical, os planaltos do México e da América Central e os lugares de média e grande altitude nos Andes. Alguns produtos agrícolas preferidos disseminaram-se pelo mundo, sendo incorporados por quase todas as culturas existentes. Se os colonizadores da América do Norte não tivessem seguido esta prática, se houvessem adotado resolutamente os frutos da terra nova, os cidadãos dos Estados Unidos e do Canadá viveriam hoje com uma dieta de sementes de girassol, girassóis de Jerusalém [*Helianthus tuberosus*], nozes-peçãs, *blueberris* [amoras azuis do gênero *Vaccinium*], *cranberries* [amoras vermelhas do gênero *Vaccinium*] e uvas muscadíneas. Somente esse alimentos relativamente secundários se originam no continente ao norte do México.

Contudo, mesmo quando ampliada até o limite dos produtos agrícolas neolíticos, a agricultura moderna é apenas uma pálida imagem do que poderia ser. Aguardando nos bastidores estão dezenas de milhares de espécie não aproveitadas de plantas, muitas comprovadamente superiores as atuais. Uma possível nova espécie luminar que surgiu dentre essas milhares é o feijão alado (*Psophocarpus tetragonolobus*) da Nova Guiné. Diz-se dele que é um supermercado inteiro numa só espécie. A planta inteira é saborosa, desde suas folhas semelhantes às do espinafre até as vagens tenras, para não falar de sementes que se parecem com ervilhas e dos tubérculos que, fervidos, fritos, cozidos ou assados, são mais ricos em proteína do que as batatas. As sementes maduras lembram a soja e podem ser cozidas, moídas e transformadas em farinha, ou liquidificadas numa bebida sem cafeína que tem o sabor do café. Além disso, a planta cresce numa velocidade fenomenal, atingindo quatro metros de comprimento em poucas semanas. Por fim, o feijão



alado é uma leguminosa; contém nódulos nas raízes que fixam o nitrogênio, praticamente dispensando fertilizantes. Afora o seu potencial como produto agrícola, pode ser usado para aumentar a fertilidade do solo para outros produtos. Com um pouco de aperfeiçoamento genético através de cruzamentos seletivos, o feijão alado poderia melhorar o padrão de vida de milhões de pessoas nos países tropicais mais pobres (WILSON, 2008, p. 313).

Somos dependentes dos nossos antepassados, ou seja das espécies já descobertas, pois:

Dos arquivos basicamente não escritos dos povos nativos chega-se a uma abundância de informações sobre produtos silvestres e semicultivados. É um fato extraordinário que, com uma única exceção, a noz macadâmia da Austrália, todas as frutas e nozes usadas nos países do Ocidente tenham sido cultivados antes pelos povos indígenas. Os incas foram possivelmente os maiores campeões em todos os tempos na criação de uma reserva diversificada de frutos da terra. Sem as vantagens da roda, da moeda, do ferro ou da escrita, esse povo andino desenvolveu uma agricultura sofisticada com quase tantas espécies de plantas quando usadas pelos fazendeiros da Europa e da Ásia juntos. A abundância de seus produtos agrícolas, que eram cultivados nas encostas e platôs dos Andes, provaram-se particularmente adequados aos climas temperados. Dos incas vieram feijões-de-lima, pimentas, batatas e tomates. Mas muitas outras espécies e classes, incluindo cerca de cem variedades de batatas, ainda permanecem confiadas aos Andes. Os conquistadores espanhóis aprenderam a usar algumas dessas batatas, mas deixaram passar muitos outros representantes de uma vasta gama de vegetais tubérculos cultivados, incluindo vários que são mais produtivos e apetitosos do que aqueles com os quais estamos acostumados (WILSON, 2008, p. 314).

Enfim, o fascinante mundo da biodiversidade é vasto, pois como percebe-se acima, a existência da biodiversidade é constatada e estudada em todos os lugares do mundo.

## 2. O DEBATE IDEOLÓGICO E ÉTICO AMBIENTAL

Inicialmente trato do ponto sobre o debate ideológico que ao subir os degraus é preciso ter em mente o fator-chave como a questão do desenvolvimento social, que é a educação. Já que a educação é o fator mais importante para que aconteça o desenvolvimento pessoal, político e social de todos nós cidadãos.

Não resta dúvidas, que seremos desafiados em certos momentos de nossa vida. Os desafios irão nos colocar em posições difíceis. Mas nada mais que estarmos preparados para supera-los, e assim conseguirmos o sucesso na vida.



Principalmente, nesse cenário que cada vez prolata-se a independência, da autonomia e do ingresso no entendimento e compreensão dos acontecimentos.

Neste contexto proposto, mostra-se que a educação veem nesse viés contraditório contribuir e encontrar muitas vezes com carências e dificuldades, nos encruamentos do desenvolvimento.

Nada tão simples e tão simpático, pois a ausência de utopias e de projetos, dificulta e nos deixa circunspectos na trajetória de estudos. Realmente surgindo dúvidas e fazendo com que nos questionamos se vale a pena investir emoções e energia.

É hora da educação tornar-se possibilidade, utopia e projeto de vida que responda à necessidade de desenvolvimento social e de mudanças, não apenas nos métodos pedagógicos ou na revisão de conteúdos.

Principalmente, na construção de um diálogo construtor de uma ecologia de saberes:

“[...] a ecologia dos saberes é um conjunto de epistemologias que partem da possibilidade da diversidade e da globalização contra-hegemônicas e pretendem contribuir para credibilizá-las e fortalece-las” (SANTOS, 2006, p.154).

A ecologia dos saberes dessa forma assenta-se em dois pressupostos:

- 1) não há epistemologias neutras e as que reclamam sê-lo são meros as menos neutras;
- 2) a reflexão epistemológica deve incidir não nos conhecimentos em abstrato, mas nas práticas de conhecimento e seus impactos noutras práticas sociais. Quando falo de ecologia de saberes, entendo-a como ecologia de práticas de saberes (SANTOS, 2006, p. 154).

Nessa visão construtora, idealizada pela ecologia dos saberes, acima descrita, colocar-se e compreender o contexto histórico é incremento fundamental. Pois através delas, encontramos e entendemos a produção dos conhecimentos.

Então não ficamos à mercê de uma repetição de conhecimentos, pois uma educação produtora e inovadora, nos prepara, para ir além do que imaginamos. Preparar-se, acima de tudo, para o mundo do trabalho e para a vida, em uma sociedade em constante mutação é superar o debate meramente ideológico.

Sem sombras de dúvida, Boaventura de Sousa Santos, nos propõem, a reflexão acerca dos saberes hegemônicos e não hegemônicos. Há de pensar no contexto e entendimento as questões no campo teórico e prático, pois no campo dos saberes hegemônicos, devemos abrir os olhos e ir contra a monocultura do saber. Somos provocados não apenas no campo da produção teórica do conhecimento, mas para termos a capacidade de colocar-se diante do desenvolvimento social, já que o mesmo é propulsor determinante de uma





sociedade dinâmica e sistêmica, e que assim, busque soluções independente das limitações financeiras, sociais ou políticas.

O momento exige processos de mudança na busca de soluções que perpassam questões preponderantemente dominantes. Nesses momentos temos que optar, romper com o pensar ideológico.

As perspectivas de futuro, nos obrigam a pensar de maneira diferenciada, em um horizonte, mesmo que utópico, mas com os deveres e responsabilidades que possuímos vamos longe.

Aliás, quando rompe-se com o velho dominante, perpassamos a uma perspectiva construtiva, a qual constitui-se em uma oportunidade para refletir sobre os desafios das práticas profissionais, assumindo como obrigação a necessidade da clareza científica e de se estabelecer objetivos que superem o debate meramente ideológico.

Pois bem, as transformações não devem significar uma mudança brusca em sua totalidade, pois ao gesticularmos tal processo, é não um abandono de ideias e valores de uma educação que promova o desenvolvimento integral, mas então em lócus, enfrentarmos os desafios complexos das ordens econômicas, sociais, cultural e ética.

Quanto ao ponto da ética, encontramos-nos:

Encantados com o incessante surgimento de novas tecnologias e sustentados por verbas generosas para pesquisas médicas, os biólogos investigaram a fundo e avançaram num estreito setor front. Mas agora é chegado o momento de se expandir para os lados, de dar continuidade ao grande empreendimento de Lineu e concluir o mapeamento da biosfera. O motivo mais urgente para ampliarmos as metas é que, ao contrário do resto da ciência, o estudo da biodiversidade tem um prazo máximo. As espécies estão desaparecendo numa velocidade cada vez maior por causa da interferência humana – a destruição de habitats, principalmente, mas também a poluição e a introdução de espécies exóticas em ambientes residuais da natureza. A firmei que um quinto ou mais das espécies de plantas e animais podem desaparecer ou estar fadadas a uma extinção precoce até o ano de 2020 se não empreendermos maiores esforços para salvá-las. Essa estimativa vem da relação quantitativa conhecida entre a área do habitat e a diversidade que este habitat pode sustentar. Essas equações de área-biodiversidade são confirmadas pelo princípio geral, ainda que não universal, segundo o qual quando determinamos grupos de organismos são estudados mais de perto (e. g., caracóis, ou peixes, ou plantas floríferas) verifica-se que a extinção está disseminada. E o seu corolário: entre os restos de plantas e animais em depósitos arqueológicos, geralmente encontramos espécies e raças extintas. Quando as últimas matas forem derrubadas em cidadelas florestais como as Filipinas ou Equador, o desaparecimento de espécies irá acelerar ainda mais. No mundo como um todo, as taxas de extinção já são centenas ou milhares de vezes maiores do que antes do advento do homem. Isso não pode ser compensado ou contrabalançado por uma nova evolução num espaço de tempo que possa ter algum significado para a raça humana (WILSON, 2008, p. 371-372).



Verificados os encantamentos, passa-se aos questionamentos:

Por que deveríamos nos importar com isso? Que diferença faz se algumas espécies são extintas, se até mesmo metade das espécies da Terra desaparecerem? Enumeremos os motivos. Novas fontes de informação científica se perderão. Uma enorme riqueza biológica potencial será destruída. Medicamentos, produtos agrícolas, produtos farmacêuticos, madeiras, fibras, polpas, vegetação restauradora do solo, substitutos do petróleo e outros recursos e confortos jamais virão à tona. Em alguns setores tornou-se moda desprezar o que é pequeno e anônimo, os besouros e as ervas, esquecendo-se que uma obscura mariposa latino-americana salvou as pastagens australianas impedindo o crescimento excessivo de cactos, que a pervinca rósea forneceu uma cura para o mal de Hodgkin e a leucemia linfática em crianças, que a casca do teixo do Pacífico oferece uma esperança para as vítimas de câncer do ovário e do seio, que um produto químico da saliva das sanguessugas dissolve coágulos sanguíneos durante a cirurgia, e assim por diante numa lista que já é enorme e ilustre apesar da escassa pesquisa dedicada a ela (WILSON, 2008, p. 372).

Num deslumbramento amnésico também é fácil desdenhar os serviços que os ecossistemas prestam à humanidade. Eles enriquecem o solo e criam o próprio ar que respiramos. Sem esses confortos, o restante da nossa estadia na Terra seria breve e desagradável. A matriz que sustenta a vida é formada de plantas verdes com legiões de microorganismos e animais geralmente pequenos e obscuros – em outras palavras, ervas e besouros. A eficiência com que esses organismos sustentam o mundo se deve à sua extrema diversidade, que lhes permite dividir o trabalho e preencher cada metro quadrado da superfície terrestre. Eles carregam o mundo nas costas exatamente da maneira como nós gostaríamos que fosse carregado, pois a humanidade evoluiu dentro da comunidade dos seres vivos e nossas funções corporais estão perfeitamente ajustadas a este meio ambiente idiossincrático já criado. A Mãe Terra, que ultimamente vem sendo chamada de Gaia, é simplesmente a comunhão de organismos e o meio ambiente físico que eles sustentam a cada momento, um ambiente que se desestabilizará e se tornará letal caso os organismos sejam por demais perturbados. Uma quase infinidade de outros planetas-mães podem ser concebidos, cada um com sua própria fauna e flora, todos produzindo ambientes físicos inapropriados para a vida humana. Desconsiderar a diversidade da vida é correr o risco de nos lançarmos em um ambiente estranho e hostil. Teremos então nos tornado como as baleias piloto que inexplicavelmente se lançam às praias da Nova Inglaterra (WILSON, 2008, p. 372-373).

A epistemologia ambiental de Leff considera que a produção do conhecimento ambiental precisa resgatar as dimensões banidas no projeto científico, isto é, a subjetividade, a afetividade e a poesia.

A epistemologia ambiental leva a mudar as circunstâncias da vida, mais do que a internalizar o ambiente externalizado da centralidade do conhecimento e do cerco do poder de um saber totalitário. Mudar



essa pan-óptica do olhar do conhecimento é mudar as condições do ser, as formas de ser no mundo na relação que ele estabelece com o pensar, com o saber e o conhecer, mais do que insistir no acoplamento do conceito, da teoria e do pensamento com a realidade. É uma política para acariciar a vida, movida por um desejo de vida, pela pulsação que nasce do erotismo do saber na existência humana (LEFF, 2004, p.20).

Precisa-se compreender o que se está aí imposto, submetido, e revelado para a nossa sociedade. É necessário entender, e principalmente correr o risco, para chegar nos objetivos almejados, para então, ocorrer a transformação social, no pensar, no fazer e agir.

### **3. MERCANTILIZAÇÃO DA NATUREZA: O “MERCADO DA VIDA”**

A partir daqui, trata-se da mercantilização da natureza, pois sabe-se que a mente humana tem a capacidade de raciocínio, a de projetar-se para o futuro, e assim imaginar que:

Nos últimos anos, novas tendências se delineiam no sentido de viabilizar a realização do capital natural através de um processo crescente de mercantilização da natureza. Alguns de seus elementos estão em vias de serem transformados em mercadorias fictícias e objetos reais, afetando intensamente a Amazônia (Becker, 2001b).

Em seu livro *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (1944), Karl Polanyi assinalava a comercialização da terra, do trabalho e do dinheiro, inexistente no mercantilismo, como pré-condição da economia de mercado que emergiu no século XIX com a industrialização, subordinando a sociedade, de alguma forma, às suas exigências. Ocorre que trabalho, terra não mercadorias, isto é, objetos produzidos para a venda no mercado. Trabalho é apenas outro nome para a atividade humana que acompanha a própria vida, terra é apenas outro nome para a natureza e dinheiro é apenas um símbolo do poder de compra.

Não obstante, foi através do que o autor designou de ficção que se organizaram os mercados reais de trabalho, terra e dinheiro. Aficção de que são produzidos para venda tornou-se o princípio organizador da sociedade; todavia, para impedir que o mecanismo de mercado fosse o único dirigente do destino dos seres humanos e do meio ambiente natural, criaram-se contra-movimentos sociais, assim como políticas e medidas integradas em poderosas instituições sociais estatais, para protege-los, cerceando a ação do mercado.

Hoje, dilata-se a esfera da mercadoria, e novas mercadorias fictícias estão sendo criadas, como é o caso do ar, da vida e da água. E tal ficção está gerando mercados reais que buscam ser institucionalizados. E o que se verifica com a tentativa de implementar formas de governamentalidade global sobre o ambiente planetário mediante o estabelecimento de regimes ambientais globais, e de sistemas de normas e regras específicas estabelecidas por um instrumento multilateral legal para regular ações nacionais numa dada questão (BECKER, 2006, p. 39).

Dentre os temas ambientais, atualmente objeto de tentativas de regulações globais, destacam-se a Convenção sobre Mudança



Climática, a Convenção sobre Diversidade Biológica e, mais recentemente, as iniciativas para regular o uso da água (BECKER, 2006, p. 39-40).

Já o “mercado da vida”, expresso na questão da biodiversidade, é ainda mais complexo, pelo menos por duas razões. Primeiro, porque, à diferença do ar, a diversidade da vida é também um fenômeno humano, pois tem localização geográfica e formas de apropriação particulares, o que a insere, necessariamente, no contexto das relações sociais. Essa condição implica em reconhecer que há diferentes projetos para a biodiversidade, correspondentes à variedade de significados e de meios disponíveis das sociedades, em escalas geográficas (BECKER, 2006, p. 41).

A segunda razão decorre da própria Convenção sobre Diversidade Biológica. Por um lado, ela antes priorizou os riscos e as necessidades de preservação da biodiversidade mundial e não a distribuição de seus benefícios para os habitantes dos ecossistemas; por outro lado, na Cúpula da Terra, os recursos biológicos foram declarados patrimônios nacionais, afirmando-se o direito soberano dos Estados de explorar seus próprios recursos. A afirmação desse direito, porém, não foi acompanhada do devido esclarecimento sobre os direitos de propriedade.

É fácil perceber a importância da Amazônia para o avanço da fronteira da ciência que reside em grande parte na biotecnologia. O avanço da pesquisa experimental efetua-se *in vitro*, com técnicas sofisticadas, nos modernos laboratórios situados nas Universidades e empresas dos países, principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra. Mas também se realiza *in situ*, no coração da floresta que contém as matrizes genéticas, que muitas delas não sendo ainda passíveis de reprodução em laboratório.

As práticas sociais desenvolvidas na Amazônia são condição crucial da pesquisa *in situ*: são fontes de informação por seu saber local, facilitam o acesso às matrizes genéticas e protegem a biodiversidade mediante formas diversificadas de sua utilização.

Entre os dois extremos de experimentação, ressalta-se o hiato conceitual. A teoria não tem conseguido acompanhar a rapidez dos avanços experimentais. Para a ciência, a biodiversidade coloca um duplo desafio: o de descrever e quantificar os estados e processos biológicos, e o de atribuir um valor à natureza, que até agora era exterior à esfera econômica.

Para a sociedade amazônica e brasileira, a valorização dos recursos genéticos exige regras de controle sobre seu acesso, que ainda estão em discussão no Brasil, e a distribuição dos seus benefícios pela população que com ela convive. Por enquanto, o acesso à biodiversidade é livre, favorecendo a “biopirataria”, o que indica a necessidade urgente da regulação desse mercado e do empenho em utilizá-la com tecnologias avançadas. Para tanto, a união dos países amazônicos é essencial.

Pelo menos quatro níveis de aproveitamento da biodiversidade podem ser identificados: o extrativismo e a pesca, a agregação de valor mediante beneficiamento local, a industrialização para produção de extratos e cosméticos e a tecnologia de ponta para a produção de fármacos (BECKER, 2006, p. 42).



Em decorrência de finalidades puramente comerciais a biodiversidade é degradada, enquanto tratada como insumo para a produção de bens, mas como se não bastasse tal lesão ao meio ambiente natural, o cultural também é afetado, uma vez que a proteção é dirigida as invenções industriais e mercantilistas. Assim, a lesão vai além, abarcando um cenário socioambiental, aproximando os direitos humano-ambientais a racionalidade do mercado, cada vez mais distante dos direitos dos povos, dotando o conceito de patrimônio comum e direito da humanidade de significado patrimonialista. Este discurso beneficia poucos, quais sejam, empresas transnacionais, que desvirtuam o discurso de proteção dos povos tradicionais, suas culturas e conhecimentos, tramando-os conforme as relações de poder atreladas ao avanço da tecnologia oriunda da ciência (RUBIO; ALFARO, 2003, p. 43-44).

A dominação do meio ambiente, que envolve o humano e não-humano, realizada pelo sistema capitalista no contexto econômico-neoliberal demonstra a capacidade deste em colonizar quase todas as esferas sociais e ambientais naturais. Frente a este cenário, que insurge a possibilidade da propriedade intelectual, refletida no sistema de patentes e nas diferentes culturas dos povos a serem consideradas, para equilibrar o interesse do mercado com as necessidades dos seres humanos e não-humanos, em conformidade com a complexidade da dinâmica ambiental entre natureza e culturas – sociobiodiversidade.

O ser humano e suas manifestações resultam do meio cultural em que é socializado, herdando através de um longo processo acumulativo conhecimentos e experiências advindas dos seus antecessores. Essa herança possibilita invenções e inovações, pois, ao longo do tempo, o homem incorpora formas criativas e adequadas de manipulação do patrimônio cultural. Assim, invenção e inovação não são resultados de um “gênio” isolado, mas sim da interação e esforço de toda uma comunidade – leia-se povo tradicional e seu saber cultural (LARAIA, 2009, p. 45).

Em uma visão do capitalismo como sujeito, como sistema que funciona, definitivamente, sem qualquer espaço de liberdade e para a ação humana; ou que aposte no mecanismo de mercado como forma de regulação espontânea da sociedade e prescindida de estado e do direito para funcionar, ficam ambos à margem de qualquer posição que considere a política como momento central para eventual solução deste problema.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendido que “O fascinante mundo da biodiversidade” é enorme e de extrema importância para a vida. Tem-se autonomia é uma garantia que permite às pessoas e às organizações privadas desempenharem livremente suas funções na sociedade. Neste campo, as práticas que não estiverem proibidas em princípio, podem ser exercidas na seara privada, sem que o Estado imponha óbices. Com base na autonomia, os movimentos privados possuem liberdade para promover na sociedade valores e práticas culturais de



interesse dos membros. Como contraponto, o Estado detém poder/dever de efetivar políticas públicas.

A vertente hegemônica – a qual possui forte abrangência histórica social e cultural – do Mercado (consumo) possui diversas formas para influenciar a mercantilização dos conhecimentos culturais. Comprovadas as evidências de que alguns desses conhecimentos/sujeitos que preservam e possuem o patrimônio genético em seus poderes estão vulneráveis a influências, já referidas, podem estarem sendo enganados pelo mercado/indústrias de forma exploratória, que com interesses capitalistas estão levando o que há de mais precioso, a preço de banana, especialmente ao que se refere ao patrimônio genético cultural. Algumas práticas do Mercado indicam que os detentores não recebem nenhuma remuneração por isso, em detrimento da proteção e função histórica e tradicional na preservação, o que beneficia somente as empresas e o mercado.

Vislumbra-se nesse cenário a importância de esclarecer que a valorização econômica dos saberes tradicionais não resolve, por si só, o problema da preservação de práticas culturais. Ao contrário, a valorização destes saberes apenas aproxima a civilização ocidental e seus valores de outros grupos humanos, levando a racionalidade do mercado para locais onde eventualmente ela ainda não houvera chegado com toda a sua força, o que engendra sérios questionamentos do ponto de vista ético.

Enfim, abrir caminhos para vislumbrar formas de ver o mundo “entender o contexto” é fundamental, mas de forma livre. Enxergar na escuridão aquilo que não revela-se de forma fácil, onde o que os outros não vê. A esperança é ter essa vontade de fazer e revelar de forma social e jurídica o fato de que existe uma exploração mercadológica (autonomia privada) e que as mesmas, beneficiam-se dos conhecimentos e da natureza – o qual o dever do Estado é de proteger e efetivar direitos e políticas públicas para uma real proteção, e preservação sustentável da biodiversidade.

## REFERÊNCIAS

BECKER, Bertha K. **Amazônia. Geopolítica na Virada do III Milênio**, Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

FRITZ, Jean-Claude. Las múltiples finalidades del sistema de propiedad intelectual. puesta en perspectiva de un elemento del conflicto entre el derecho internacional de los negocios e el derecho de los pueblos. *In*: RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano; CID, Isabel V Lucena (Ed.). **Nuevos colonialismos del capital: propiedad intelectual, biodiversidad e derechos de los pueblos**. Barcelona: Icaria, 2004.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 23 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2006.



SANTOS, Boaventura de Sousa. **Epistemologias do Sul**, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estud.* – CEBRAP, São Paulo, n. 79, Nov.2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S01033002007000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01033002007000300004)>. Acesso em: 23 ago. 2016.

SANTOS, Rozely Ferreira dos. **Planejamento ambiental**: teoria e prática, São Paulo: Oficina de Textos, 2004.

WILSON, Edward Osborne. **Diversidade da Vida**; tradução Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.



## **A AGRICULTURA E OS DESAFIOS COM A GESTÃO DE ÁGUA NOS SOLOS: PENSANDO O SOLO COMO “SER VIVO”<sup>1</sup>**

*Jonathan Dalla Rosa Melo<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O presente trabalho visa estudar o que se entende por agricultura conservacionista, relacionando-a com o Decreto nº 52.751, de 4 de dezembro de 2015, que institui a Política Estadual de Conservação do Solo e da Água no Rio Grande do Sul. Compreender a gestão de água no campo teórico e prático é fundamental. Dessa forma trazendo, a questão do planejamento ambiental e a diversidade e desenvolvimento, nos sistemas agrários. Adotando um planejamento ambiental e métodos de compreensão da biodiversidade no campo da agricultura que é dinâmica e sistêmica. A preservação do solo é salutar para evitar alguns efeitos danosos, principalmente no manejo do mesmo para evitar danos ambientais e econômicos. Os avanços e as práticas preservacionistas (conservadoras) é conclusiva, e que, realmente há muito a fazer-se em um desenvolvimento planejado. E que por meio das categorias sociais dos agricultores em um sistema produtivo diversificado das unidades produtivas, é definida pelas suas relações de produção, com os demais agentes que, direta ou indiretamente, atuam na produção agropecuária, sendo impulsionada pela inovação e sustentabilidade. Enfim, encontra-se nos sistemas produtivos a existência da biodiversidade, a qual precisa-se pensar o solo como “ser vivo”.

**Palavras-chave:** Agricultura; Conservação; Solos; Água; Biodiversidade.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

No presente artigo analisa-se a questão da agricultura conservacionista, de forma transdisciplinar, relacionando-a com o Decreto nº 52.751, de 4 de dezembro de 2015, que institui a Política Estadual de Conservação do Solo e da Água no Rio Grande do Sul. Para tanto, realiza-se, inicialmente, um apanhado histórico dos sistemas agrários, geograficamente, do Rio Grande do Sul. Em segundo momento relaciona-se os aspectos sobre a política estadual de conservação do solo e da água, sobre uma análise legislativa e incentivada e desenvolvida por instituições públicas e privadas que definem

<sup>1</sup> O presente artigo é parte de Pesquisa vinculada à Linha I – Direito e Multiculturalismo do Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS.

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 101271; Técnico em Agropecuária inscrito no CREA/RS sob o nº 174500; Radialista: Locutor, Apresentador, Animador. E Agricultor no Lajeado das Pombas-Santo Ângelo/RS. E-mail: jonathandallarosa@gmail.com.





inteligentemente projetos e políticas de desenvolvimento rural a serviço da maioria dos cidadãos.

Em terceiro momento aponta a questão interventiva do Estado na relação produtiva como ponderador e fomentador da relação entre as partes balizando para uma função social.

Em último e quarto momento, destaca-se algumas questões práticas fundamentais adotadas na Conservação do Solo, almejando a sua composição para a preservação da Biodiversidade na compreensão do solo como “ser vivo”.

Já a metodologia utilizada nesta pesquisa abrange o modo de análise prioritariamente dedutivo; o método de procedimento envolve uma abordagem sócio analítica e, no que se refere à técnica da pesquisa, foi utilizada documentação direta e analítica.

## **1. ANÁLISE HISTÓRICA DOS SISTEMAS AGRÁRIOS DO RIO GRANDE DO SUL**

Inicialmente, aponto uma breve relação histórica dos sistemas agrários do Rio Grande do Sul, sobre a qual mostra-se geograficamente:

Após a expulsão ou submissão das populações indígenas (Guaranis, Caingangues, Charruas, Minuanos, etc.), a pecuária bovina extensiva rapidamente se impôs no seio de vastas estâncias concebidas aos primeiros conquistadores portugueses; e ela continua a predominar ainda hoje sobre as imensas extensões de campos naturais da Campanha, da Serra do Sudeste e dos Campos de Cima da Serra. Mais tardiamente e bem diferente foi, sabe-se, a colonização agrária das regiões florestais da Depressão Central e do Planalto. Esta foi realizada por numerosos imigrantes europeus (alemães, italianos, poloneses, ucranianos, etc.) que, ao longo dos séculos XVIII e XIX, fugiram da miséria engendrada pela injustiça das estruturas agrárias de seus países de origem. (BASSO, 2005, p. 9-10).

O crescimento da produtividade e das remunerações no seio das explorações familiares contribui para ampliar o mercado dos produtos de consumo e de alguns meios de produção nas zonas rurais. Ela pode, portanto, incitar à criação de novas profissões nas pequenas vilas situadas nos seus arredores. O desenvolvimento destas vilas e a criação de novas atividades produtivas suscetíveis de empregar a mão-de-obra excedente foram bem mais efetivas em zonas nas quais predomina a agricultura familiar do que em regiões onde as grandes fazendas de pecuária extensiva são ainda predominantes. Pode ser que esteja aqui o principal mérito deste estudo: lembrar-nos que a reforma agrária pode desempenhar um papel importante não apenas em matéria de justiça social, mas que ela pode também, e sobretudo, se revelar de grande eficácia do ponto de vista dos seus efeitos sobre o crescimento econômico em geral.

Nesse sentido verifica-se a aplicação da teoria dos sistemas agrários que foi desenvolvida para servir de instrumento de análise da evolução



histórica e da diferenciação geográfica da agricultura. A teoria dos Sistemas Agrários pode ser aplicada com objetivos específicos até a definição de intervenções para a promoção do desenvolvimento.

Para que se possa compreender o que é um sistema agrário, no entanto, é necessário distinguir a agricultura tal como ela se apresenta na realidade, ou seja, um objeto. É nesta última categoria que se inclui um sistema agrário, o qual corresponde a um conjunto de conhecimentos metodicamente elaborados como resultado da observação, delimitação e análise de uma agricultura particular. Assim, um sistema agrário não é um objeto real diretamente observável, mas um objeto cientificamente elaborado cuja finalidade não é retratar a agricultura em toda sua complexidade, tarefa praticamente impossível, mas tornar esta complexidade inteligível segundo os objetivos específicos definidos (SILVA NETO e BASSO, 2005, p. 19).

Dessa forma, geograficamente, portanto, um sistema agrário não possui uma dimensão fixa, pois esta depende do grau de abrangência da análise efetuada, a qual, por sua vez, é definida pelos objetivos específicos do estudo.

Um sistema agrário é determinado a partir de um conjunto de critérios, ligados aos seus diferentes componentes ou subsistemas. Tais componentes podem ser agrupados em dois conjuntos bem delimitados: o agroecossistema e o sistema social produtivo.

O agroecossistema ou sistema cultivado, corresponde à forma como se organizam os constituintes físicos, químicos e biológicos de um sistema agrário. Um agroecossistema corresponde às modificações mais ou menos profundas impostas aos ecossistemas naturais para que a sociedade humana nele instalada obtenha produtos de seu interesse. Um agroecossistema, portanto, é um ecossistema historicamente constituído por meio da sua exploração e renovação por uma sociedade.

É interessante observar que, apesar da existência de um grande número de ecossistemas naturais, a partir dos quais se constitui um número ainda maior de agroecossistemas, as formas de exploração e, principalmente, renovação dos agroecossistemas podem ser agrupadas em algumas poucas categorias relativamente homogêneas. A renovação da capacidade de um ecossistema, ou seja, a forma de reprodução da sua fertilidade é, portanto, um critério bastante abrangente, o qual, quando utilizado como critério de análise principal (porém não único), permite que a evolução histórica e a diferenciação geográfica da agricultura possam ser efetuadas em âmbito mundial e ao longo de toda a história da humanidade. Tal análise se constitui em um ponto de partida fundamental para todo estudo de sistemas agrários. Ela tem sido desenvolvida de forma mais sistemática a partir dos anos 60 pela Cátedra de "Agricultura Comparada e Desenvolvimento" do Instituto Nacional Agrônômico,



Paris-Grignon – INA-PG, sendo que a sua versão mais completa encontra-se descrita em Mazoyer e Roudart (1997).<sup>3</sup>

Reforça-se a ideia de que um sistema social produtivo corresponde aos aspectos técnicos, econômicos e sociais de um sistema agrário, constituindo-se de um conjunto de unidades de produção, caracterizadas pela categoria social dos agricultores e pelos sistemas de produção por eles praticados.

Pois nesse contexto, (SILVA NETO e BASSO, 2005), defende a ideia de que a categoria social dos agricultores é definida pelas suas relações de produção, de propriedade e de troca com os demais agentes que, direta ou indiretamente, atuam na produção agropecuária. Assim, a categoria social à qual pertence um agricultor expressa, entre outras coisas, o seu acesso aos meios de produção disponíveis, assim como a repartição dos produtos gerados. É importante salientar que uma categoria social de agricultores é resultado de um processo de acumulação condicionado pelo acesso à terra e pela origem da mão-de-obra e do capital. Assim, a análise de uma categoria social é realizada pelo estudo de um certo tipo de trajetória de acumulação, a qual delimita os sistemas de produção passíveis de serem por ela desenvolvidos em um dado ecossistema.

Os sistemas de produção correspondem à forma como os agricultores organizam as suas atividades no interior das unidades de produção. A diversidade de situações ecológicas e sociais e a experiência específica acumulada por cada agricultor fazem com que jamais duas unidades de produção tenham sistemas de produção perfeitamente iguais. É possível, entretanto, agrupar os sistemas de produção característicos de um sistema agrário segundo certos condicionantes e problemas comuns, de forma a tornar a sua diversidade inteligível, de acordo com os objetivos do estudo. De qualquer forma, o sistema de produção se constitui no critério de delimitação de sistemas agrários mais detalhados e a sua adoção como critério principal só é possível em estudo de âmbito local. (SILVA NETO e BASSO, 2005, p. 19-20).

Acima, entende-se a dinâmica de um sistema agrário é definida pela reprodução da fertilidade do agroecossistema e pela acumulação de capital das unidades de produção. E em que todo o sistema agrário os produtores adotam práticas voltadas à exploração da fertilidade<sup>4</sup> do agroecossistema e outras cujo objetivo é a manutenção ou ampliação dessa fertilidade.

Dependendo do estado dos diversos condicionantes da evolução de um sistema agrário, só podemos afirmar que este se encontra em desenvolvimento

<sup>3</sup> Esta obra foi traduzida para a língua portuguesa pelo Instituto Piager de Lisboa, Portugal, com o título “Histori das agriculturas do mundo: do neolítico à crise contemporânea”

<sup>4</sup> O termo fertilidade deve ser aqui entendido como o potencial de um ecossistema em fornecer produtos de interesse do homem. Este “potencial” inclui todas as condições químicas, físicas e biológicas do ecossistema e não apenas a riqueza e a disponibilidade de nutrientes do solo, como normalmente é entendido o termo “fertilidade” em ciência do solo. Em outras palavras, trata-se aqui da fertilidade do ecossistema como um todo e não apenas da fertilidade do solo



quando os efeitos das práticas de manutenção ou ampliação da fertilidade do ecossistema sobrepujam os efeitos das práticas de sua exploração. Assim, a sustentabilidade ecológica é um dos critérios fundamentais para análise da dinâmica do desenvolvimento de um sistema agrário.

Como já citado, as unidades de produção no interior de um sistema agrário são muito diversas. Para tornar esta diversidade analisável, contudo, as unidades de produção são classificadas em tipos segundo as categorias sociais e os sistemas de produção. Uma condição para que se possa afirmar que um sistema agrário encontra-se em desenvolvimento é a existência de acumulação de capital em todos os tipos de produção de forma a permitir a melhoria das condições de vida para o conjunto dos agricultores.

Com os mesmos critérios que nos permitem definir as condições necessárias para o desenvolvimento de um sistema agrário, pode-se também definir as condições que conduzem a uma crise. Um sistema agrário encontra-se em crise quando os efeitos da exploração sobrepujam os efeitos das práticas de manutenção da fertilidade do ecossistema, mesmo quando isto é acompanhado por um aumento da acumulação de capital. Da mesma forma, um sistema agrário encontra-se em crise quando existe um processo de estagnação da acumulação (ou uma desacumulação) de capital no conjunto das unidades de produção, de modo a comprometer a manutenção das condições de vida dos agricultores, independentemente da dinâmica de produção da fertilidade do ecossistema.

Revela-se atualmente a importância da agricultura familiar como fonte de repartição relativamente equitativa da renda, que a mesma provoca no campo, quando preponderante, não se constitui um obstáculo, mas pode ser ao contrário, favorável ao desenvolvimento de outros setores da economia.

## **2. ASPECTOS SOBRE A POLÍTICA ESTADUAL DE CONSERVAÇÃO DO SOLO E DA ÁGUA**

Inicialmente, o governador do Estado do Rio Grande do Sul, através do decreto nº 52.751, de 4 de dezembro de 2015, instituiu a Política Estadual de Conservação do Solo e da Água, sob a coordenação da Secretária da Agricultura, Pecuária e Irrigação em parceria com as secretárias do Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo, do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e da Educação.

Assim verifica-se os 4 principais artigos do referido Decreto:

Artigo 1º Fica instituída a Política de Conservação do Solo e da Água no Estado do Rio Grande do Sul, coordenada pela Secretaria da Agricultura, Pecuária e Irrigação, com a finalidade de incentivar, de fomentar e de coordenar ações com vista à conservação do solo e da água.

Parágrafo único. A Política de Conservação do Solo e da Água tem como propósito melhorar as relações produtivas, sociais e ambientais.

Artigo 2º São objetivos da Política de Conservação do Solo e da Água:



- I - aumentar a capacidade de infiltração do solo agrícola;
  - II - reduzir a taxa de erosão hídrica;
  - III - diminuir o risco de escassez hídrica a partir da preservação da água no solo;
  - IV - desenvolver um projeto de Assistência Técnica e Extensão Rural e Social – ATERS, referente ao uso e à conservação do solo e da água.
  - V - promover ações integradas entre a Administração Pública Estadual, por intermédio da Secretaria da Agricultura, Pecuária e Irrigação, da Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, da Secretaria de Desenvolvimento Rural e Cooperativismo e da Secretaria de Educação; e
  - VI - realizar ações em parceria com órgãos e entidades públicas e privadas tais como a Associação Riograndense de Empreendimentos de Assistência Técnica e Extensão Rural e a Associação Sulina de Crédito e Assistência Rural - EMATER-ASCAR/RS, a Fundação Estadual de Pesquisa Agropecuária do Rio Grande do Sul - FEPAGRO, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, o Ministério do Desenvolvimento Agrário - MDA, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA, a Federação das Associações dos Municípios do Rio Grande do Sul - FAMURS, e outras instituições, órgãos e entidades públicas e privadas.
- Parágrafo único. As instituições, os órgãos e as entidades que vierem a aderir às ações propostas pela Política Estadual de Conservação do Solo e da Água deverão firmar um Termo de Cooperação Técnica com uma das Secretarias previstas no inciso VI deste artigo, responsável pela implementação desta política no âmbito estadual, regional ou municipal.

Dessa forma encontra-se alguns componentes do programa de ATERS em uso, manejo e conservação do solo e da água, conforme o que consta no inciso IV, que são: a capacitação de técnicos e agricultores em agricultura conservacionista; Validação e transferência de tecnologia em uso, manejo e conservação do solo e da água e em culturas nas estações experimentais da FEPAGRO e EMBRAPA; Implantação de práticas conservacionistas em Unidades de Referência Tecnológica (URTs); Realização de Campanhas de Uso, manejo e conservação do Solo e da Água; Produção de um manual de boas práticas de uso, manejo e conservação do solo e da água; Conferência Estadual do Solo e da Água; Premiação do “Produtor Amigo do Solo e da Água; Recomposição da cobertura florestal a partir da implantação efetiva do Cadastro Ambiental Rural (CAR) nas propriedades rurais.

Artigo 3º São beneficiários da Política Estadual de Conservação do Solo e da Água:

- I - de forma direta, os produtores rurais que realizarem ações alinhadas com os objetivos do programa; e
- II - de forma indireta, a sociedade gaúcha, por meio das melhorias na qualidade de vida da população rural e urbana, com a promoção de uma agricultura sustentável ambiental, social e econômica.

Parágrafo único. Terão prioridade os municípios que possuírem diretrizes, ações, projetos ou programas municipais alinhados com a Política Estadual de Conservação do Solo e da Água.



Pois bem, como visto acima os beneficiários são todos produtores rurais que de forma direta que realizam as práticas conservacionista. E com esta atuação consciente leva a implementação de uma agricultura com fins positivos para a melhoria da produtividade, da rentabilidade em cadeia, a qual, beneficia toda a população indiretamente.

Artigo 4º São instrumentos da Política de Conservação do Solo e da Água:

- I - campanhas publicitárias de divulgação;
- II - a mobilização da sociedade, em especial dos produtores rurais, por meio de reuniões, de seminários, de palestras e de outras formas de comunicação;
- III - assistência técnica e extensão rural a produtores rurais;
- IV – Cadastro Ambiental Rural - CAR, com vista à regularização ambiental;
- V - formação de educadores para o desenvolvimento do tema solo e água nas escolas;
- VI - ações em educação, com o objetivo de conscientizar os alunos, os professores e os pais sobre a importância das boas práticas de conservação do solo e da água;
- VII - realização de eventos de capacitação em conservação do solo e da água para técnicos e produtores rurais;
- VIII - capacitação de pessoal técnico e de agricultores em planejamento de bacias hidrográficas e conservação do solo e da água;
- IX - incentivo à pesquisa e à validação de tecnologias agropecuárias vinculadas à conservação do solo e da água;
- X - elaboração de manual de boas práticas de uso de manejo e de conservação do solo e da água;
- XI - implantação de Unidades de Referência Tecnológica – URT, em manejo e conservação do solo;
- XII - introdução de práticas de cobertura de solo;
- XIII - práticas de contenção e controle de voçorocas;
- XIV - demarcação de curvas de nível e construção de sistemas de terraceamento;
- XV - implantação de programa de serviços ambientais;
- XVI - alinhamento com o plano nacional de agricultura de baixa emissão de carbono – Plano Setorial de Mitigação e de Adaptação às Mudanças Climáticas - Plano ABC; e
- XVII - incentivo à disponibilização de linhas de crédito rural.

Mostra-se em um artigo elaborado pelo Engenheiro Agrônomo Rivaldo Albino Dhein a revista do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Rio Grande do Sul o qual intitula seu artigo “As Chuvas de Junho/Julho de 2014 na Metade Norte do Estado” para assimilar uma melhor compreensão e entendimento:

A partir do final da década de 70, e principalmente ao longo dos anos 80, a agricultura brasileira sofreu uma rápida e surpreendente transformação. O sistema convencional de preparo do solo começou a ser rapidamente substituído pelo Plantio Direto (PD), que hoje reina



absoluto. Sem dúvida, no início foi um grande avanço, e veio coroar o esforço que vinha sendo realizado pela pesquisa e pelos técnicos, em favor da conservação do solo.

Ainda antes da chegada do Plantio Direto (PD) ao Estado, num esforço conjugado das universidades, dos órgãos públicos e empresas privadas de pesquisa, assistência técnica e extensão rural e das cooperativas, foi criado o Programa Integrado de Uso, Manejo e Conservação do Solo (PIUCS). O Programa recomendava a redução da agressão física do solo com o arado e especialmente a grade, o plantio de nível, a eliminação da queima das restevias, a introdução do cultivo mínimo, a rotação de culturas e o controle de pragas e invasoras. Tudo isso aliado a práticas mecânicas de conservação do solo, com destaque para o terraço de base larga, em nível. Os resultados foram animadores e até mesmo, surpreendentes. A erosão do solo passou a ser quase que integralmente controlada.

Infelizmente, a propaganda eminentemente sensacionalista e de propósitos duvidosos fez com que fosse vendida a imagem de que o PD, sozinho, seria a salvação da agricultura e a solução incontestável para combater a erosão e o desgaste da fertilidade do solo – física, química e biológica. Houve até mesmo tentativas de ridicularizar quem defendesse a manutenção dos terraços, rotulando-os como “paradigma do terraço” e da micro bacia hidrográfica. Nem mesmo o posicionamento da Sociedade Brasileira de Ciência do Solo-SBCS, que já em 1993 se manifestou através do Núcleo Regional Sul, conseguiu frear o avanço da retirada dos terraços e o fim das práticas físico-mecânicas complementares, de conservação do solo. A SBCS dizia:

O Núcleo Regional Sul da SBCS, [...] referentes à retirada generalizada dos terraços das lavouras sob sistema de plantio direto. Os argumentos alegados nessas manifestações são de ordem estritamente mecânica, ligados exclusivamente à operacionalidade dos implementos agrícolas destinados à pulverização, à semeadura e à colheita, desconsiderando completamente os aspectos técnicos relacionados com os fatores envolvidos na justificativa, nas funções e no dimensionamento dos terraços. Assim, o enfoque que vem sendo dado a esse problema é demasiadamente simplista e completamente despreocupado com aspectos econômicos, sociais e ambientalistas envolvidos pela quantidade e pela qualidade das águas que escoam dessas lavouras e atingem as estradas, as propriedades vizinhas e, principalmente, os mananciais hídricos (COTRIJORNAL, Set.1993).

Temo, sinceramente, que novamente estejamos sendo atropeladas por nova onda sensacionalista que poderá nos conduzir a agravar ainda mais a degradação do solo agrícola. De tudo se fala, dos milagres da química, das sementes transgênicas, das máquinas robotizadas, do georreferenciamento, da irrigação e dos créditos de carbono. Mas vejo poucos falando do solo, base da produção agropecuária, e da qualidade da água e do meio ambiente. O solo aparentemente voltou a ser mero “substrato de fixação de plantas”. Não mais se dá a devida importância à restrição ao crescimento das raízes, à redução na limitação da velocidade de infiltração e capacidade de armazenamento de água no solo, comuns no PD (DHEIN, 2015, p. 35).



É necessário e urgente redefinirmos alta tecnologia e agricultura de precisão. Com certeza, um manejo de solo que permite uma catástrofe como essa não pode ser definido como tal. E não venham me dizer que se trata de uma fatalidade, pois não é.

### 3. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES PRODUTIVAS

Em outro viés, detenho-me a intervenção estatal, o qual é de destacar-se que ocorreram realizações e alterações na legislação até os dias atuais, buscando uma compreensão do atual cenário contemporâneo e sendo também o motivo da intervenção estatal na agricultura.

Dessa forma intervenção estatal foi se modificando de acordo com os modelos de Estado e estes, por sua vez, têm se transformado com o passar do tempo, desde as concepções modernas até às pós-modernas. Verifica-se que: A primeira versão do Estado Moderno foi o da Monarquia Absolutista e a segunda, o Estado Liberal. Surge, como transformação deste, o Estado do Bem-Estar Social (STRECK, 2004, p. 44-70).

Sob o aspecto do conteúdo, Streck indica que o Estado de Direito, que não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado, mas a ela são agregados conteúdo. “Nesse sentido, divide-se em Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2004, p. 87 e 95).

Bonavides, por sua vez, entende que, no Estado Moderno, há a conversão do Estado Absoluto em Estado Constitucional (em que o poder já não é de pessoas, mas de leis) e que este apresenta três modalidades essenciais: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático-Participativo (BONAVIDES, 2004, p. 41).

O Estado Liberal, no núcleo econômico, pode ser identificado pelas seguintes características: propriedade privada; individualismo econômico; liberdade econômica; liberdade contratual plena; economia de mercado livre de controles estatais (STRECK, 2004, p. 55).

No liberalismo, a atividade estatal, quando ocorre, objetiva a manutenção da ordem e segurança e, portanto, o papel do Estado é negativo, restringindo-se apenas à proteção dos indivíduos. Por isso, denomina-se Estado Mínimo (STRECK, 2004, p. 56-57).

Uma corrente do Liberalismo, identificada como Neoliberal, faz uma revisão dos dogmas do Liberalismo Clássico, aceitando maior interferência do Estado e a existência de direitos mínimos. “O inglês John Stuart Mill (1806-1873) é apontado como o precursor dessas ideias” (BASSOLI, 2006, p. 4). O Estado passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas para assegurar ao cidadão direitos pertinentes à cidadania (STRECK, 2004, p. 58).

Observa-se, assim, que o papel do Estado muda com a mudança do seu modelo: passa do absentismo ao intervencionismo. E que o texto Constitucional brasileiro adotou o regime do Capitalismo, consagrado em





Estado Democrático de Direito enumerado no Título I, artigo 1º, tendo entre os princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 3º, inciso III da Constituição Federal, é princípio relevante para a ordem econômica.

O constituinte fez bem, ao estruturar o Estado Democrático de Direito prevendo a intervenção na ordem econômica, desse raciocínio pode-se perceber que a intervenção estatal no domínio econômico, atualmente cumpre o papel de mitigar os conflitos do Estado liberal, através da atenuação, por exemplo, a liberdade de utilização dos recursos naturais como é o solo. Decorre a necessidade de impor uma função social e um dirigismo econômico, facultando as partes obediência às normas de ordem pública e reprimindo a exploração da parte hipossuficiente.

Pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito se aprimorou no Estado do bem-estar, porque atualmente se busca a melhoria das condições sociais da população, pensando sempre na coletividade e não no indivíduo ou em determinado grupo.

Conforme nos ensina Bassoli: A ideia de intervenção necessária do Estado trazida pelo Neoliberalismo consolida-se no Estado do Bem-Estar Social, ou, conforme denomina a doutrina americana a este processo: Welfare State (BASSOLI, 2006, p. 5).

O Estado do Bem-Estar Social é, dessa forma, subproduto do Estado Liberal. A propriedade deve ter função social. Caracteriza-se pela intervenção político-jurídica sobre as partes contratantes e a perda da autonomia das partes. Assim sem dúvidas, o Brasil, somente tem o regime capitalista intervencionista, por que se percebeu que o capitalismo é incabível sem um mínimo de intervenção.

Diante do conhecimento que o Brasil, país privilegiado por ter grandes dimensões territoriais sempre foi palco de discórdias em virtude das diferenças sociais e econômicas historicamente conhecidas, e com condições de vencer o desafio da produção na agricultura, justifica-se a forte intervenção do estado no sentido de dirimir conflitos reais e aparentes nesta relação homem-terra. Portanto, mostra-se que tanto a doutrina como a legislação entende que a limitação ao direito de propriedade foi um importante passo na tentativa de reduzir os conflitos, buscando sempre como fundamento o cumprimento da função social da propriedade (terra).

Uma das características marcantes, verifica-se na questão das liberdades e direitos individuais, as quais sofreram alterações, passando de direitos absolutos a direitos relativos, principalmente quando tratamos da exploração do solo.

Diante das conceituações apresentada acima, resta evidente a intervenção estatal. O Decreto nº 52.751, de 4 de dezembro de 2015, que institui a Política Estadual de Conservação do Solo e da Água no Rio Grande do Sul. Essa intervenção é exposta, para prevenir danos futuros, quando realizado nas atividades rurais. E que conseqüentemente não envolve apenas as partes, mas envolve de outro lado a questão da propriedade. Forma-se assim, uma conjugação complexa de requisitos na construção da função



social da propriedade, de tal modo que a propriedade rural passa, então, a ser vista como um elemento de transformação social. Assim fica evidente, quanto a intervenção na autonomia da vontade.

Segue-se e encontra-se restrita na utilização, onde os produtores rurais se colocam como partes coadjuvantes, com o Estado por meio de políticas públicas que almejam dar uma conotação de justiça social, mas não apenas entender o solo como um simples objeto de produção, é necessário tê-lo como um sujeito de produção.

Em função da importância alcançada à propriedade agropecuária de maneira geral, desenvolveu-se uma Política Agrária que elege os seguintes princípios como norteadores do Direito agrário: preservação dos recursos naturais renováveis; elevação da produção; bem-estar e condições de progresso socioeconômico; acesso à terra e a propriedade; permanência na terra daqueles que tornem produtiva; função social; justiça social; extinção de propriedades antieconômicas; eficiência dos fundos agrários; e, proteção jurídica aos arrendatários e parceiros outorgados (COELHO, 2011, p. 68).

A intervenção estatal, neste caso, realiza-se, com o objetivo de restabelecer-se o equilíbrio na execução e métodos de utilização dos recursos naturais. Ficando assim claro, há interesse do Estado na conservação da propriedade rural, por ser uma das maiores riquezas no desenvolvimento econômico do país, devendo, também por isso, ter sua utilização voltada ao interesse coletivo.

Atualmente é pertinente se falar em autonomia privada, já que em face do dirigismo estatal, muito pouco resta para a liberdade de contratar. A exemplo disso, cita-se os contratos de consumo, que receberam tutela específica pelo Código de Defesa do Consumidor. Outro exemplo se verifica nos contratos agrários, em que a lei agrária impõe a observância de cláusulas obrigatórias (COELHO, 2011, p. 69).

Nessa perspectiva, as demandas por uma relação de uma função social, entre as partes e o Estado se faz necessária, pois revela-se importante o peso coletivo sobre o privado. Pois bem em uma análise mais restrita na atividade da agricultura, especialmente as relacionadas com o nosso Estado do Rio Grande do Sul.

[...] Os movimentos espontâneos de migração do campo só se efetivarão se a renda proveniente da agricultura se reduzir em relação à proveniente das ocupações urbanas. Quanto maior for a resistência dos agricultores e camponeses à mudança de atividade, tanto maiores serão as diferenças de renda registradas durante a transição. Se a transformação se estender por várias gerações, a discrepância só será reduzida se a migração for relativamente rápida (HAYEK, 1983, p. 347-348).



Não nos esqueçamos que a agricultura é dinâmica e sistêmica e que:

Se o setor se ajustasse adequadamente, um número menor de produtores (maior, entretanto, do que no caso de uma intervenção governamental) poderia aumentar sua produtividade compartilhando do aumento geral da prosperidade. Na realidade, parte dos problemas da agricultura surge porque tanto a natureza dos processos quanto a dos produtores tornam particularmente lenta sua adaptação a mudanças. Mas, naturalmente, o remédio não pode consistir em fortalecer ainda mais sua resistência à adaptação (HAYEK, 1983, p. 349).

Assim constata-se que o processo dinâmico é a chamada evolução. E que a maior dificuldade é o acompanhamento desta, pois o processo de adaptação é lento.

De tal maneira relacionou-se sobre o ponto da intervenção estatal, confirmando a interferência do Estado no desenvolvimento. E que existe um modelo de sustentabilidade nos sistemas produtivos atuais, e que poderá existir outros além dos já existentes.

Todo conhecimento está interligado, e assim revela-se:

[...] Tais restrições podem ser a melhor maneira de conservar o método atual de exploração agrícola, que muitas pessoas (a maioria das quais, penso eu, vive nas cidades) pretendem preservar por motivos sentimentais; mas seu único efeito será a dependência cada vez maior dos habitantes do campo.

Na realidade, a notável preocupação que a opinião pública da Inglaterra manifesta pelo destino da agricultura deve-se, provavelmente, mais a razões estéticas que econômicas. Isto se aplica ainda mais talvez à preocupação demonstrada em países como Áustria ou a Suíça com a preservação dos camponeses nas regiões montanhosas. Em todos esses casos a população passa a aceitar um pesado ônus pelo temor de que o aspecto familiar do campo seja modificado pelo desaparecimento das técnicas agrícolas hoje empregadas e de que o agricultor ou o camponês desapareçam se não forem especialmente protegidos. É esta apreensão que alarma as pessoas sempre que há uma redução da população agrícola e elas imaginam uma paisagem com aldeias e vales completamente desertos toda vez que algumas propriedades rurais são abandonadas.

Entretanto, é justamente esta “preservação” o maior inimigo de uma agricultura viável. São raríssimos os casos em que todos os agricultores ou camponeses ficam igualmente ameaçados por alguma mudança. Os hiatos entre a riqueza e a pobreza dos agricultores que trabalham em condições semelhantes são tão grandes quanto os existentes em qualquer outra ocupação. Assim como em todos os outros campos, para que a agricultura possa adaptar-se constantemente a circunstâncias em transformação, é essencial que o exemplo dos indivíduos que tiveram êxito porque descobriram a resposta apropriada a uma mudança seja seguido pelos demais. Isto



sempre significará que certos tipos desaparecerão. Especialmente na agricultura, se o proprietário ou camponês quiser ter êxito deve transforma-se progressivamente num homem de negócios – processo necessário, que muita gente desaprova e pretende impedir. Mas a alternativa para população agrícola seria tornar-se cada vez mais uma espécie de apêndice de um parque nacional, espécimes estranhos, porém curiosos, preservados para povoar o cenário e propositalmente impedidos de se adaptar mental e tecnologicamente de forma a chegar à independência (HAYEK, 1983, p. 351-352).

Outro ponto, de importância que merece atenção é a conservação dos recursos naturais:

[...] Porém, no que diz respeito à exploração de recursos naturais, ainda prevalece o entendimento de que a situação peculiar da área exige que os governos assumam amplos controles. Tal opinião predomina especialmente nos Estados Unidos, onde o “movimento pela preservação”, em grande parte, originou o surgimento de correntes favoráveis ao planejamento econômico e muito contribuiu para a ideologia nativa dos reformadores econômicos radicais. Poucos argumentos foram utilizados de forma tão extensa e eficiente, para persuadir a opinião pública do esbanjamento provocado pela concorrência e da conveniência de uma orientação central das atividades econômicas mais importantes, como o suposto desperdício de recursos naturais pela empresa privada (HAYEK, 1983, p. 355).

É importante lembrar e considerar que:

[...] não devemos esquecer é que, se um tipo de recurso se torna mais escasso, os produtos que dele dependem também se tornarão mais escassos no futuro. O aumento previsível dos preços de produtos, decorrente da crescente escassez de um recurso natural, sem dúvida será um dos fatores que determinarão a quantidade de investimentos necessária para preservar este tipo de recurso (HAYEK, 1983, p. 360).

Portanto, considerando-se o relacionamento com as mudanças e transformações no modelo de produção, com na diversidade e o desenvolvimento existentes nos sistemas agrários aqui no Rio Grande do Sul de forma específica como objeto do estudo. Assim tal viés nos trouxe a importância das reflexões sobre a intervenção que o Estado realiza como balizador e mantenedor de uma ordem sustentável nas relações acima estudadas, como agente integrador de todo o sistema produtivo.

#### **4 CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS FUNDAMENTAIS**

Vê-se atualmente a dinâmica da água na agricultura, e que é o elemento determinante de bons ou maus resultados na atividade, vê-se cenários diferenciados, por consequências geográficas e por razões ecológicas e



históricas que lhe são particulares. E com isto, conservar a água no perfil do solo, disponível às plantas, em períodos prolongados sem precipitação, é salutar. Tal disponibilidade tem sido uma busca constante desde os tempos mais remotos em que se trabalha com plantas cultivadas.

Visualiza-se sobre o ponto acima, os seguintes problemas: Como e até que ponto o Estado interfere no desenvolvimento? Existe ou é se existe um modelo de incentivo para uma adoção de práticas de utilização dos solos e das águas? Quais são os desafios com a gestão de água na conjuntura atual? E ainda o mais importante problema: Como realiza-se o incremento de práticas de captação e gestão da água nos solos sendo que os mesmos são a base para produção de alimentos e outros organismos vivos?

Independentemente do manejo empregado na atividade produtiva, seja convencional, cultivo mínimo ou plantio direto, quanto mais húmus tiver, maior será a eficácia produtiva. O grande desafio está em incrementar esta energia ao solo para enriquecer a microbiologia, recuperar a biodiversidade, sem abrir mão da produção que sustenta a produtividade.

Contribuindo com esta conjuntura, tem-se trabalhado com o Plantio Direto desde os anos 90 e está-se conseguindo incrementar a matéria orgânica do solo em que labuta-se até níveis superiores a 5%, em parte da área, o que é um marco desejado por todos.

O grande diferencial praticado tem sido aproveitar os intervalos pós-safra de verão, fazendo investimentos nas culturas ditas “de cobertura”, especificamente produzindo “palha para a terra comer”.

Utiliza-se a sobressemeadura de gramíneas, principalmente como sorgo forrageiro e capim sudão, grandes produtoras de massa, para agregar grandes volumes de material orgânico à superfície do solo, evitando o principal elemento destrutivo da natureza que é o impacto direto da gota de chuva no solo desnudo.

A grande vantagem desta operação é que ganhamos praticamente 30 dias de sol em dias ainda longos de outono, pois quando colhe-se a soja, a nova cultura já está implantada, pronta para absorver a energia do sol e massa, isto sem entrar no mérito do sequestro de carbono.

Se para muitos agricultores ainda é difícil investir na chamada cobertura de inverno com adubo, para depois dessecar e usar como proteção ao solo até o fechamento da entrelinha do solo, imagina nossa proposição de fazer duas culturas intercaladas, nos meses de outono e inverno. Trata-se de um desafio enorme e num custo elevado, porém extremamente responsivo nas áreas em que foi feito. “Para colher melhor, precisa-se primeiro investir mais.”

De outra parte, o grande volume de raízes que é produzido por estas plantas estrutura o solo com tamanha eficácia que, ao arrancar uma planta, grande volume de solo fica aderido, o que mostra a enorme capacidade estrutural que apresentam.

Nos dois últimos anos, estas gramíneas completaram o ciclo, produzindo sementes em quantidades abundantes, aproveitáveis nas safras seguintes, uma vez que as temperaturas não atingiram níveis muito baixos, com formação de geadas precoces. Caso isto venha a ocorrer, nosso planejamento consiste



em semear aveia em cima destas gramas afetadas pelas geadas, para aproveitar toda a insolação possível, até a implantação da nova cultura de verão, pois quanto mais palha melhor.

Após alguns anos com este manejo severo de inclusão de maciças quantidades de material orgânico ao solo, nos valem de culturas com raízes pivotantes, tipo crotalaria e nabo forrageiro, para perfurar o solo, visando o subsolagem cultural. Com isto, as raízes das plantas podem atingir camadas mais profundas, além de favorecer a percolação de nutrientes e corretivos, com o que nossas plantas poderão explorar maiores profundidades no perfil.

Com o incremento substancial em matéria orgânica, nossos solos absorvem muito melhor a água da chuva, fazendo uma poupança para períodos de seca.

Outra grande contribuição está melhor conservação das estradas rurais, que atualmente estão servindo de corredores de água para o excesso que sai das lavouras, verdadeiros corredores de exportação, quando o correto é elevar os níveis das estradas para que a água, ao invés de sair das lavouras, nelas adentre, armazenando-a.

O desafio é enorme, principalmente com investimentos em sementes, fertilizantes e corretivos, sem visar o retorno imediato. Mas tem-se convicção que, no médio prazo, estaremos mais bem preparados para sobreviver aos percalços que advirão, além de proporcionar um ambiente de produção sustentável.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo analisou a diversidade, desenvolvimento, nos sistemas agrários do Rio Grande do Sul. Diagnosticou-se talvez a situação mais comum nos sistemas agrários contemporâneos seja uma acumulação de capital desigual e muitas vezes contraditória entre unidades de produção. Em outras palavras, é comum observa-se sistemas agrários em que alguns tipos de unidades de produção estão num processo de descapitalização, estando muitas vezes estes dois fenômenos relacionados. Nesse caso temos um processo em que o desenvolvimento de alguns tipos de agricultores é acompanhado pela crise de outros, ou seja, um processo de “desenvolvimento-e-crise”. Pode-se constatar que a utilização do solo de forma inadequada ocasiona a crise. E que por outro lado a sua prática de forma conservacionista vislumbra-se ao desenvolvimento.

É necessário desconstruir a velha prática de agricultura nociva ao solo e ao meio ambiente, pois logo teremos problemas insolúveis e prejuízos enormes. Ir além do teórico é essencial, para sacudir e ter a responsabilidade prática dos que atuam na atividade.

A responsabilidade social de conhecer o solo e suas características físicas, químicas e biológicas e conservá-lo, é sua interação com as plantas e suas exigências de comportamento é importante.

Dessa, o estudo apontou a diversidade, existente quando trata-se do cenário da agricultura, na conjuntura atual, percebe-se que nos sistemas



agrários a questão da sustentabilidade, vem impulsionando o desenvolvimento. O atual cenário, demonstrado é que os agentes envolvidos passam a ter uma dimensão ampliada da vida coletiva que, uma vez institucionalizada em suas dimensões pública e privada, deram e dão sustentabilidade e origem às cidades e comunidades rurais. Outra conectividade óbvia, pois as práticas conservacionista contribuem e beneficiam a disponibilidade de recursos hídricos, contribuindo e mantendo a disponibilidade de água também para a cidade.

Assim, avista-se um pluralismo jurídico nas relações de produção na atual agricultura, do ponto de vista, seja ele, local, nacional, e internacional. Tem-se de um lado a cultura do agronegócio e outro a agricultura familiar, cada qual com sua peculiaridade. Mas ambos modelos devem praticar a agricultura de forma sustentável, que propiciem estabilidade dos recursos naturais no presente, e principalmente as gerações futuras.

O surgimento de um diálogo constante, é vital. Especialmente em uma sociedade multicultural, relacionado pelo entendimento de que o Estado/Sociedade precisam estar em harmonia, e não em conflito. Principalmente quando trata-se de políticas públicas, na agricultura, especialmente a agricultura conservacionista, a qual é implementada por tecnologias disponíveis a sociedade.

O ideário produtivo de forma consciente e sustentável é inevitável, pois as tecnologias utilizadas corretamente, transformam os cenários produtivos, ampliando a biodiversidade dos solos, o qual pode-se utilizar o verbo “conservar” para então produzir melhor.

Enfim, a implementação de uma agricultura conservacionista para a melhoria da produtividade, produção e rentabilidade fazem com que imprimam não somente apenas uma parcela da sociedade, mas a todos nós, que somos e seremos beneficiados com tais resultados. Deve-se então pensar a natureza não como um simples objeto, e sim, como sujeito.

## REFERÊNCIAS

BASSOLI, Marlene Kempfer. **Programa da Disciplina Intervenção do Estado na Ordem Econômica**, ministrada no Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Lex: **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 08 set. 2016.

BRUM, Argemiro Jacob. **Reforma Agrária e Política Agrícola**. Ijuí: Unijuí, 1988.



COELHO, José Fernando Lutz. **Contratos Agrários: Uma Visão Neo-Agrarista**. Curitiba: Juruá, 2011.

**DECRETO Nº 52.751, DE 04 DE DEZEMBRO DE 2015**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legis>>. Acesso em: 17 de set. 2016.

DHEIN, Rivaldo Albino. As chuvas de Junho/Julho de 2014 na Metade Norte do Estado. **Conselho em Revista**, Porto Alegre/RS, Ano XI, p. 35, jan. e fev. 2015.

GUERRA, Frei Flávio. Função social da propriedade da terra no ensino social da igreja. **Voz da Terra – Jornal A Notícia**, Tapes, novembro de 2013.

HAYEK, Friedrich A. **Os fundamentos da liberdade**. Supervisão e introdução de Henry Maks oud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Editora Visão, 1983.

SILVA NETO, B.; BASSO, D. (org.). **Sistemas Agrários do Rio Grande do Sul**: Análise e Recomendações de Políticas. Ijuí: Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.





## **AS NOVAS IDENTIDADES FAMILIARES E A BUSCA POR RECONHECIMENTO SOCIAL: UMA LEITURA A PARTIR DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS<sup>1</sup>**

*Juliane Pacheco<sup>2</sup>  
Thami Covatti Piaia<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Por algum tempo, em nosso país, estudos relacionados a temas de família ficaram de fora de pesquisas acadêmico-científicas, por acreditar-se que esta instituição estaria sendo extinta. No entanto, no Brasil, as academias vêm desempenhando um papel importante para reverter esta situação realizando diversas pesquisas, a fim de verificar as transformações das identidades<sup>4</sup> familiares.

Assim, atualmente, com o surgimento de inúmeros centros de pesquisas nesta área, estudiosos verificaram que as instituições familiares passam por vários processos autopoieticos, ou seja, as famílias se autoproduzem, a partir de diversos fatores, mas não desaparecem, e, sim, sempre se regeneram. Dessa forma, pode-se dizer que as identidades<sup>5</sup> familiares são afetadas por diversas mudanças sociais, tais como, por exemplo, institucionais, econômicas, tecnológicas, culturais, jurídicas, e, diante dessas modificações a família vai reagindo, adaptando-se e transformando-se, constituindo-se de novas e de diversas formas.

Diante disso, observa-se que, as famílias são instituições sociais muito importantes, uma vez que, para muitos estudiosos ela é considerada para a sociedade brasileira um recurso de sustentação, tanto para as pessoas envolvidas nela, como para a sociedade em geral, sendo assim considerada como um valor essencial.

Diante disso, falar sobre as novas identidades familiares é de suma importância, principalmente no cenário atual em que se encontram essas novas famílias, pois embora a legislação pátria tenha avançado a partir da Constituição Federal de 1988, porém, é possível observar que essas novas

<sup>1</sup> Pesquisa institucional, vinculada a linha II de pesquisa do Mestrado em Direito – Políticas de Cidadania e resolução de conflitos, relacionada ao que está sendo pesquisado na Dissertação de Mestrado do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu, Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis – Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA – Santa Rosa/RS, (2014). Mestranda em Direito, bolsista CAPES no Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da URI Campus Santo Ângelo/RS. E-mail: julianepacheco2009@hotmail.com.

<sup>3</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo/RS. E-mail: thamicovatti@hotmail.com

<sup>4</sup> Nesse momento utiliza-se a palavra identidades no sentido de estruturas familiares.

<sup>5</sup> No mesmo sentido que a nota acima.



identidades ainda carecem de reconhecimento de cidadania e dignidade diante da sociedade contemporânea.

Dessa forma, a presente pesquisa cuidará de investigar: em que medida está sendo reconhecida a cidadania e a dignidade para as novas identidades familiares?

No entanto, cabe esclarecer que, o maior propósito deste artigo não é responder a questão proposta acima, mas sim, refletir sobre ela. Para isso, a pesquisa será dividida em quatro tópicos, conforme se verá.

No primeiro, será feita uma análise das transformações das identidades familiares da sua origem até as formações atuais das famílias, a fim de demonstrar como, e o quanto as identidades sofreram transformações, desde as suas primeiras formas de constituições.

No segundo tópico, após o apanhado histórico acima, será realizada uma breve reflexão sobre as novas identidades familiares na contemporaneidade, a fim de demonstrar a situação atual delas diante da atual sociedade.

Após isso, no terceiro tópico, será abordada a questão do reconhecimento da cidadania e da dignidade nas novas identidades familiares, bem como, serão trazidos conceitos de cidadania e de dignidade, bem como, a importância do reconhecimento destes dois conceitos nas novas identidades familiares.

Por fim, no quarto tópico, será abordada a questão do reconhecimento de cidadania e dignidade, nas novas identidades familiares pelo olhar dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de cumprir o propósito do artigo, que é o de refletir as novas identidades familiares como espaços de reconhecimento de cidadania e de dignidade.

## **1. BREVE ANÁLISE DAS TRANSFORMAÇÕES DAS IDENTIDADES FAMILIARES**

A fim de compreendermos a situação atual das famílias brasileiras, inicialmente, é necessário, realizar, mesmo que de forma sucinta, uma reflexão sobre as transformações das identidades familiares, desde a sua inicial formação, até os dias atuais.

Assim, neste tópico será analisado de que forma as famílias eram formadas em sua origem, e, como, elas foram evoluindo ao longo do tempo. Também, serão demonstradas as influências da história, e as consequências delas para a transformação das identidades familiares.

Diante disso, parte-se da linha de raciocínio do clássico autor, Friedrich Engels, que na sua obra, *A Origem da Família, da Propriedade Privada ao Estado*, traz um estudo, que verifica que as famílias, ao longo de sua história, nem sempre vigoraram sob o regime patriarcal, que é o regime, em que o homem, era o responsável pela família. Ainda, diz que, originariamente as famílias vigoravam sob o regime matriarcal, pois, homens e mulheres viviam



em endogamia, ou seja, uns pertenciam aos outros, agrupavam-se por interesses sexuais, mas não conviviam juntos, conforme o modelo atual.

Neste íterim, observa-se que, a formação das famílias passou por três fases, quais sejam: a primeira, a fase do estado selvagem, a segunda, a fase da barbárie, e a terceira, a fase da civilização, a fim de explicar, como evoluiu a formação das famílias, assim, ele define cada fase:

Estado selvagem. – Período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para ser utilizados; as produções artificiais do homem são, sobretudo, destinadas a facilitar essa apropriação. Barbárie. – Período em que aparecem a criação de gado e a agricultura, e se aprende a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano. Civilização – Período em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte. (ENGELS, 2002, p. 28)

Conforme, Fustel de Coulanges, a transformação da família matriarcal para a patriarcal, ocorreu, quando a religião começou a influenciar diretamente na formação da família. Assim, observa-se também, a influência que a religião teve sobre a formação familiar, pois ela conferia superioridade ao marido sobre a esposa. (COULANGES, 1961, p. 57; 58). E, com isso começou a surgir o patriarcalismo, adotado no Brasil.

Importante destacar que, segundo o renomado, sociólogo Gilberto Freyre, as identidades familiares brasileiras passaram ao longo do tempo por um período profundo de promiscuidade sexual, “[...] de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres.”. (ENGELS, 2002, p. 31)

Assim, é possível observar o quanto a organização social, era diferente, e, a família, se constituía de formas diferentes. É importante mencionar que, historicamente, sobre a formação da família brasileira, segundo Gilberto Freyre,

A nossa verdadeira formação social se processa em 1532 em diante, tendo a família rural ou semi-rural por unidade, que através de gente casada vinda do reino, quer das famílias aqui constituídas pela união de colonos com mulheres caboclas ou com moças órfãs ou mesmo à toa, mandadas vir de Portugal pelos padres casamenteiros. (FREYRE, 2006, p. 85)

Nesse ponto, a família, por sua vez, também influenciou a história, uma vez que, ela fez com que a colonização tomasse rumos diversos daqueles pensados pelos jesuítas, pois a família teve uma força, um peso tão forte, sobre a economia, devido à riqueza agrícola e trabalho escravo que, acabou por tomar rumos e aspectos sociais diferenciados.

Com a chegada dos portugueses ao Brasil, houve uma preferência das índias a ter prole com portugueses, uma vez que, para a cultura, para a tradição indígena da época o parentesco é só pelo lado do pai, no entanto, o que as índias queriam era ter filhos de raça superior, portuguesa. (FREYRE, 2006, p. 160)



Dessa forma, fica evidente a importância da mulher indígena para a formação das identidades familiares brasileiras:

Não só a base física da família brasileira, aquela em que se apoiou, robustecendo-se e multiplicando-se, a energia de reduzido número de povoadores europeus, mas valioso elemento de cultura, pelo menos material, na formação brasileira. Por seu intermédio enriqueceu-se a vida no Brasil, como adiante veremos, de uma série de alimentos ainda hoje em uso, de drogas e remédios caseiros, de tradições ligadas ao desenvolvimento da criança, de um conjunto de utensílios de cozinha, de processos de higiene tropical-inclusive o banho frequente ou pelo menos diário, que tanto deve ter escandalizado o europeu porcalhão do século XVI. (FREYRE, 2006, p. 162)

E, diante disso, pode-se observar que a mulher assumiu um papel importante dentro da formação familiar, pois, desde a origem, na época dos indígenas, passando pela Revolução Feminista, pela sua autonomia conquistada com o uso da tecnologia, ou seja, com o uso da pílula anticoncepcional, com as conquistas no mercado de trabalho. Assim, até os dias atuais, observa-se que a mulher sempre teve um papel fundamental para os rumos das famílias brasileiras.

Diante disso, importante salientar que, conforme Manuel Castells, em sua obra *O Poder da Identidade*,

o patriarcalismo é uma das estruturas sobre as quais se assentam todas as sociedades contemporâneas. Caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, do homem sobre mulher e filhos no âmbito familiar. Para que essa autoridade possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie toda a organização da sociedade, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura. Os relacionamentos interpessoais e, conseqüentemente, a personalidade, também são marcados pela dominação e violência que têm sua origem na cultura e instituições do patriarcalismo. É essencial, porém, tanto do ponto de vista analítico quanto político, não esquecer o enraizamento do patriarcalismo na estrutura familiar e na reprodução sociobiológica da espécie, contextualizados histórica e culturalmente. Não fosse a família patriarcal, o patriarcalismo ficaria exposto como dominação pura e acabaria esmagado pela revolta da “outra metade do paraíso”, historicamente mantida em submissão. (CASTELLS, 1999, p. 169)

Assim, observa-se que o patriarcalismo predominou por muito tempo em nossa sociedade, e, esteve presente em vários setores também. Contudo, sua crise se deu, por conta de diversos fatores, como por exemplo, “[...] pela interação entre o capitalismo informacional e os movimentos sociais feministas e de identidade sexual[...]”. (CASTELLS, 1999, p. 257). Por conta disso, em todo o mundo, o patriarcalismo entrou em crise, e, por sua vez, essa crise fez com que surgissem novas identidades, fazendo com que as famílias fossem adquirindo novas configurações, formando-se de novas e de diversas formas, conforme será demonstrado no próximo tópico.



## 2. BREVE REFLEXÃO DAS NOVAS IDENTIDADES FAMILIARES NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A partir de agora, será realizada uma breve reflexão sobre as transformações das identidades familiares na sociedade contemporânea, uma vez que, com os diversos movimentos sociais, com o capitalismo, a globalização, os avanços tecnológicos, etc, as relações sociais e a formação das identidades, foram sofrendo alterações, até se chegar as formas de constituições familiares que se têm na sociedade contemporânea.

Assim, inicia-se esta breve reflexão, esclarecendo o conceito de identidade que, é uma temática muito discutida, e muito relevante para a compreensão do trabalho. Dessa forma, a identidade para Stuart Hall, “[...] é demasiadamente complexo, muito pouco desenvolvido e muito pouco compreendido na ciência social contemporânea”. (HALL, 2006, p. 8). Enquanto que, para Thomaz da Silva, “a identidade é um significado cultural e socialmente atribuído.”. (SILVA, 2000, p. 74; 89)

Para compreender, as mudanças sociais que afetaram as identidades familiares, o sociólogo Pierpaolo Donati, elaborou um paradigma denominado relacional para compreender melhor as mudanças sociais. (DONATI, 2008, p. 23). Para ele a interpretação dos fenômenos sociais deve ser vista sob a ótica de relações, e não de coisas.

Algumas teorias dizem que quanto mais a sociedade se torna complexa, mais a família desaparece; no entanto, a experiência cotidiana atesta o contrário. A família ainda conta muito, mas não se consegue oferecer razões que expliquem adequadamente porque ela conta e, sobretudo, resulta difícil encontrar um lugar para a família na sociedade de amanhã. Por isso, difunde-se uma percepção que atribui à família, como fenômeno global, uma extrema volatilidade, porque a sociedade contemporânea se caracteriza por uma intensa criação de relações e, ao mesmo tempo, por uma destruição contínua de relações. A teoria relacional deve ser complexa para estar à altura da complexidade que se está criando na sociedade globalizada. (DONATI, 2008, p. 30)

Contudo, atualmente, na sociedade contemporânea, há uma valorização do prazer, há uma busca pelo prazer das mais variadas formas, e, isso, em busca do amor livre, da felicidade, das mais variadas formas de constituições familiares, por isso, é que pode-se dizer que, na sociedade complexa a família se contrai e se expande, “[...] se torna mais complexa segundo as condições históricas e culturais.” (DONATI, 2008, p. 30). Dessa forma, devido às grandes transformações sociais e familiares, tanto a sociedade quanto as famílias hoje, podem ser consideradas como instituições de ordem complexa.

Diante disso, o sociólogo acima mencionado, continua dizendo que, “[...] as estruturas e as funções empíricas da família variam de acordo com o tipo de sociedade na qual ela é observada. Uma maneira relativamente simples de compreender persistência e variabilidade, continuidade e descontinuidade das



formas familiares é aquela de reconduzi-la à formação histórico-social na qual ela se apresenta.” (DONATI, 2008, p. 55)

Dessa forma, observa-se que conforme a sociedade muda, evolui, se transforma, as famílias também vão se modificando. Assim, “ao pensar na formação de uma entidade familiar por qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos, deve-se, inicialmente, determinar o que se concebe por família.”. (WEBER; VERONESE; MARTINS, 2015, p. 19)

Atualmente, realizar esta conceituação não é tarefa fácil, pois devido às transformações pelas quais as identidades familiares passaram, hoje, na sociedade contemporânea, não há que se falar em um único modelo familiar, portanto, também não há um único conceito, porém tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o que se observa é que todas as tentativas de conceituação, são pautadas na afetividade, e, diante disso, pode-se concluir que família são as relações de afeto.

Quanto ao conceito de família, Maria Berenice Dias, em seu artigo, Família ou Famílias? aduz que:

Hoje ninguém mais tem dúvida de que família é mesmo um conceito plural. As fotografias antigas mostravam um casal sentado ao centro e rodeado de filhos, todos muito sérios. Hoje, não só as fotos adquiriram colorido. A família também. As imagens atuais estampam manifestações de afeto e sorrisos de felicidade. A formação da família não decorre exclusivamente dos sagrados laços do matrimônio. Pode surgir do vínculo de convívio e não ter conotação de ordem sexual entre seus integrantes. Tanto é assim que a Constituição Federal esgarçou o conceito de entidade familiar para albergar não só o casamento, mas também a união estável e a que se passou a ser chamada de família monoparental: um dos pais com a sua prole. (DIAS, 2016)

Neste íterim, pode-se dizer que as famílias atuais interagem muito mais que as de antigamente, pois hoje elas participam de uma rede de comunicações muito maior e isso faz com que as relações da família atual sejam diferentes.

Assim, o mundo para o qual caminhamos,

gera continuamente novas relações. No passado, as relações eram mais estáveis e as modalidades possíveis das interações, previsíveis. Na atualidade, no entanto, as relações são produzidas, consumidas, modificadas dia a dia; aparecem fluídas, de acordo com a linguagem de Lipovetsky (1989), ou líquidas, segundo a expressão de Bauman (2004), ou ainda, flutuantes, como prefere Donati (1998a, 2006b). Isto cria uma complexidade inédita, diante da qual o uso da abordagem relacional resulta mais eficiente. É necessária uma visão relacional porque o mundo se torna relacional para compreender a realidade e, de modo especial, a família, em ambiente complexo. (DONATI, 2008, p. 29)

Para Hironaka, “mudam os homens, mudam seus agrupamentos sociais. Mudam as instituições. Mudam os institutos jurídicos. Muda a família, Mudam



as relações familiares, não para serem outras, mas para desempenharem novos e distintos papéis.”. (HIRONAKA, 2006, p. 50)

E, assim, Família passa então a ser definida como um grupo de pessoas que convivem cotidianamente com afetividade. Nesse contexto, as novas identidades familiares exsurtem “[...] como um exemplo claro das transformações sociais ocorridas na pós-modernidade, em vista dos novos arranjos familiares, inimagináveis há algumas décadas: famílias reconstituídas, famílias sem filhos, famílias monoparentais, etc., conforme demonstram os atuais censos demográficos.” (BRASIL, 2003)

Atualmente, na sociedade complexa, pode-se observar também, algumas consequências devido as evoluções históricas como, por exemplo,

[...] o aumento do número de divórcios, a diminuição da taxa de natalidade nos países mais desenvolvidos, o crescimento das famílias monoparentais, a incorporação da mulher no mercado de trabalho, dentre outros que contribuem para a modificação da estrutura familiar. Também há um aumento de pais e mães solteiras, que sozinhos assumem a criação da prole. Desaparece a figura patriarcal representativa do grupo, e cada integrante da família passa a buscar o seu crescimento pessoal e profissional, traço típico de uma sociedade individualista [...]. (ARAUJO; JAHNKE; WERLANG, 2014, p. 113)

Dessa forma, neste tópico pode-se perceber alguns fatores que diretamente colaboraram para a transformação das identidades familiares, tais como, por exemplo, início da industrialização, com a urbanização, abolição da escravidão, Segunda Guerra, a expansão da economia, a libertação das mulheres, etc.

No entanto, no próximo tópico será tratado de forma breve as novas identidades familiares como espaços de reconhecimento de cidadania, bem como a importância que a Constituição Federal de 1988, tem para o Direito de Família.

### **3. O RECONHECIMENTO DA CIDADANIA NAS NOVAS IDENTIDADES FAMILIARES**

Após se ter observado algumas das mais significativas evoluções sociais e mudanças identitárias familiares, importante salientar que, atualmente, as novas identidades familiares obtiveram uma importante conquista, com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a abrigar novas formas de arranjos familiares, conforme se pode observar em seu artigo 226, parágrafo 3º, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL, 2016)

Essas novas identidades familiares são vistas como espaços de representação de dignidade humana e de cidadania, sendo que, a cidadania



deve ser entendida, não mais com aquele conceito defasado anterior a Constituição Federal de 1988, mas, sim, como um:

[...] instituto inclusivo, de autorrespeito, de respeito e reconhecimento aos diferentes, para que possa tornar-se uma proposta participativa de envolvimento social, onde os direitos, os deveres e as responsabilidades se articulam e se complementam, superando, assim, as ideias jurídicas que agregam de forma compartimentada as gerações de direitos, bem como a ideologia que concebe a cidadania como a proposta política de concreção da igualdade e como uma pertença a nacionalidade. (BERTASO, 2013, p. 15)

Ainda que, direitos humanos e cidadania, tenham conceitos diferentes, ambos atuam de forma sinérgica entre si, e somadas formam o fundamento da Constituição Federal de 1988.

A realização da cidadania como base nos direitos humanos que fundamentam a maioria das Constituições contemporâneas, está justificada no princípio da dignidade do ser humano, e a tarefa de respeitá-la é de toda a sociedade, mas de modo especial cabe a realidade dos ordenamentos é flagrante. Desde o século passado a cartografia da sociedade retoma uma configuração em extremos. De um lado a ciência e a tecnologia avançaram para além do imaginado, de outro, os bolsões de miserabilidade faz prever um processo acelerado de degradação das condições humanas; há os que usufruem os bens e exercitam os direitos de forma privilegiada e aqueles que lhes sobram as migalhas desse processo consumista, restando-lhes a periferia do desenvolvimento. (BERTASO; C. BERTASO, 2015, p. 46)

Porém, embora as conquistas alcançadas por essas novas identidades familiares, a fim de seu reconhecimento, atualmente, observa-se que na sociedade contemporânea, ainda há grandes desafios a serem alcançados por elas, como, por exemplo, o convívio em uma sociedade justa e tolerante, sendo que, esta tolerância deve ser entendida como “[...] reconocimiento y respeto de otras culturas que conviven en un determinado território socio-cultural globalizado.” (ARNAIZ, 2012, p. 15)

Diante disso, entre as mais diversas formas de constituições familiares, constata-se que,

[...] há o entendimento (muitas vezes apenas formal, é verdade) de que deve haver uma radical igualdade de respeito entre os homens, devendo ser afastada toda e qualquer desigualdade ou pretensão de superioridade em relação aos demais, seja em razão de etnia, gênero, classe social, nacionalidade ou opção religiosa. (KOSSMANN, 2015, p. 223)

Dessa forma, observa-se que o multiculturalismo, transforma a sociedade em um espaço de convivência digna e cidadã entre as mais diversas identidades familiares, devendo a convivência entre essas diferentes identidades acontecer de forma pacífica.

El multiculturalismo transforma este espacio de referencia propuesto por el pluralismo cultural. Y así, em vez de considerar la diversidad





cultural como mero descriptor social, primero, y sociológico, después, comienza a considerarla bajo el prisma político. De manera que bien podríamos definir el multiculturalismo como el intento de articulación política de la diversidad cultural em aras de assegurar la convivencia pacífica entre las culturas que ocupan um mismo espacio. Em general, un espacio urbano. (ARNAIZ, 2012, p. 16)

Neste cenário, ainda há que se falar da interculturalidade, uma modalidade hermenêutica, que complementa o multiculturalismo e, que entende as diversidades de identidades não só como algo pessoal, mas que se expande na sociedade e que por isso, se exige um tratamento digno, moral, ético e cidadão para com essas identidades, pois, a interculturalidade, sustenta a ideia de que, “[...] el ser humano es um habitante de cultura, reconociendo que su peculiar textura antropológica no es sino el cruce entre biología y cultura.”. (ARNAIZ, 2012, p. 19)

Por fim, diante dos apontamentos feitos até aqui, pode-se concluir que, as novas identidades familiares tiveram grande respaldo com o advento da Constituição Federal, de 1988, porém socialmente ainda há o grande desafio a fim de proteger, essas novas identidades e garantir de fato e não só de direito a dignidade humana e a cidadania, assim a sociedade necessita, respeitar todas as formas de constituições familiares.

#### **4. O RECONHECIMENTO DAS NOVAS IDENTIDADES FAMILIARES PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Diante da problemática até então exposta, sobre a evolução social, as mudanças identitárias familiares, a busca pelo reconhecimento da cidadania e da dignidade humana pelas novas identidades familiares, a jurisprudência brasileira vêm se amoldando, se adequando a estas novas identidades, conferindo e reconhecendo direitos para as elas.

Assim, passa-se a demonstrar alguns significativos avanços jurisprudenciais no tocante ao reconhecimento das novas identidades familiares, inicialmente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e posteriormente do Superior Tribunal de Justiça.

No julgado abaixo, observa-se que a união estável por casal homossexual, restou reconhecida para fins previdenciários, de pensão por morte, para a convivente:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. DEPENDENCIA ECONÔMICA. DESNECESSIDADE. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão que negou provimento ao recurso inominado para manter a sentença que concedeu pensão por morte a companheira de servidora falecida. Os embargos de declaração só se justificam nos motivos típicos previstos na lei processual, não na expectativa da parte quanto às



razões e ao resultado do julgamento, o que se submete a recurso especial ou extraordinário. Hipótese em que a parte embargante pretende, em verdade, inequívoco reexame do julgamento da causa. Ausência dos pressupostos recursais atinentes à espécie "ut" art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS (Embargos de Declaração Nº 71005989629, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 28/04/2016)

Já, neste julgado, também do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, verifica-se um pedido de adoção conjunta por um casal homossexual, o qual restou exitoso, diante do argumento de que não há vedação para a união estável entre pessoas do mesmo sexo, portanto inexistente também a vedação para a adoção de criança por casal homossexual, conforme se observa na ementa abaixo colacionada:

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Sendo admitida, pela jurisprudência majoritária desta corte, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possível admitir-se a adoção homoparental, porquanto inexistente vedação legal para a hipótese. Existindo, nos autos, provas de que as habilitandas possuem relacionamento estável, bem como estabilidade emocional e financeira, deve ser deferido o pedido de habilitação para adoção conjunta. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70034811810, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010)

Assunto: 1. ADOÇÃO. ESTUDO SOCIAL. VALOR. VALORIZAÇÃO. CASAL DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO EM CONJUNTO. DIREITO RECONHECIDO. 2. A RELAÇÃO HOMOERÓTICA E A PARTILHA DE BENS - HOMOSSEXUALIDADE. DISCUSSÕES JURÍDICAS E PSICOLÓGICAS. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA. 3. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL DO MESMO SEXO. MULHER. UNIÃO HOMOSSEXUAL. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. 4. JUIZ. DECISÃO DA LIDE. LACUNA. INTERPRETAÇÃO. KELSEN E DE BOBBIO. DISPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS. 5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 6. CASOS HOMOSSEXUAIS E ADOÇÃO. 7. HOMOSSEXUALISMO. 8. FUNÇÃO CRIADORA DO JUIZ. 9. ANALOGIA. PROCESSO ANALÓGICO. REQUISITOS. 10. ADOÇÃO CONJUNTA. REQUISITOS. 11. INTERESSE E POSSIBILIDADE. 12. ADMISSIBILIDADE. \*\*\*\*\* OBS: Julgador(a) de 1º Grau: BRENO BRASIL CUERVO Referências Legislativas: CPC-3 CF-3 INC-IV DE 1988 CF-226 PAR-3 PAR-4 DE 1988 LICC-4 CPC-126 CC-1571 PAR-1 DE 2002 NCC-1571 PAR-1 LF-8069 DE 1990 ART-28 ART-43 CC-1743 DE 2002 NCC-1743 Jurisprudência: APC 70013801592 RESP 889852 – RS Data de Julgamento: 13/08/2010.

Diante destes dois julgados do Egrégio Tribunal de Justiça Gaúcho, se reafirma a questão de que a Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, veio para ser um marco para o Direito de Família abrindo,



ampliando o leque de arranjos familiares, e garantindo cidadania e dignidade para elas, o que é reforçado pelos exemplos citados.

No Superior Tribunal de Justiça, o entendimento não é diferente, conforme é possível observar nos julgados colacionados abaixo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.467 - SP (2012/0002671-4)  
RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE : P  
D A ADVOGADO : PAULO ANDRÉ AGUADO RECORRIDO : C E C  
ADVOGADO : HYGINO SEBASTIÃO AMANAJÁS DE OLIVEIRA  
EMENTA DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO  
ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVA) ROMPIDA.  
DIREITO A ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002.  
PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO EM SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE  
VULNERABILIDADE. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA  
CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E  
DA ADI N. 4.277/DF. ALIMENTOS PROVISIONAIS. ART. 852 CPC.  
PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE PELA INSTÂNCIA  
DE ORIGEM. 1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo  
Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da  
viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do  
mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em  
1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa  
humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza.  
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.  
132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil  
de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo  
significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública  
e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar,  
entendida esta como sinônimo perfeito de família ; por conseguinte,  
"este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e  
com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva". 3. A  
legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma  
expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas  
tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais  
heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da  
dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade,  
liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias,  
busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à  
orientação sexual. 4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o  
direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida  
independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para  
a estruturação do direito à orientação sexual como direito  
personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa  
humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com  
Documento: 1386766 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado -  
DJe: 25/03/2015 Página 1 de 32 Superior Tribunal de Justiça  
plenitude se for garantido o direito à diferença. 5. Como entidade  
familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente  
amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-  
se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou  
espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a  
credenciaria como base da sociedade (ADI n. 4277/DF e ADPF  
132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da relação de  
pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência



técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros. 6. O direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica. O projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa. 7. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que "não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro". 8. Ocorre que uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide. 9. As condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação, para negar o pão àquele que tem fome em razão de sua opção sexual. Ao revés, o exame deve-se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais, com o preenchimento do binômio necessidade do alimentário e possibilidade econômica do alimentante. 10. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar. 11. Recurso especial provido.

Diante do julgado acima, do Superior Tribunal de Justiça, (STJ), observa-se que novamente se reconheceu a união estável homossexual, com base na Constituição Federal de 1988, e após rompeu-se com o vínculo, dissolvendo a união estável, e fixando alimentos para a parte vulnerável, tratando assim, a união estável homossexual de igual forma, como sendo uma união estável heterossexual, ou seja, sem discriminações e diferenciações.

No julgado abaixo, também do Superior Tribunal de Justiça, (STJ), temos outro exemplo de que a adoção por casais homossexuais é possível no Brasil:

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)  
RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE:  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
RECORRIDO : L M B G ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN -  
DEFENSORA PÚBLICA EMENTA DIREITO CIVIL. FAMÍLIA.  
ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO  
JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE  
FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A

REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". Documento: 966556 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/08/2010 Página 1 de 29 Superior Tribunal de Justiça 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua



companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido.

No julgado acima, o pedido de adoção por casal homossexual, neste caso duas mulheres, observa-se que o pedido foi deferido com base no princípio do melhor interesse do menor, por conta do vínculo afetivo já consolidado, dessa forma, não há que se falar que a adoção por casal homossexual seja prejudicial para o desenvolvimento saudável das crianças.

Por fim, destaca-se que as jurisprudências citadas servem de exemplo de que os tribunais citados, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, e o Superior Tribunal de Justiça, vêm desempenhando um papel fundamental para que as novas identidades familiares sejam reconhecidas com igualdade de direitos, cidadania e dignidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao final do presente artigo, concluir-se que devido a muitos fatores, a sociedade, as instituições, as identidades familiares, foram se transformando, ao longo do tempo, e continuam em constante transformação.

Por conta disso, atualmente, têm-se um conceito plural de família, pois, com a evolução que elas sofreram em suas identidades, conforme visto, as famílias de hoje não possuem mais a mesma essência do que as de antigamente, atualmente, elas prezam pela felicidade, pela afetividade, amor e solidariedade.

Devido às transformações pelas quais as famílias foram passando, atualmente, é possível observar que estas novas identidades familiares encontram-se em constante busca pelo seu reconhecimento, como cidadãos.

Contudo, avalia-se que, em meio às transformações, e, em meio a uma sociedade que embora tenha avançado e muito, ainda traz consigo fortes raízes patriarcais, gerando preconceito social quando se tratam de reconhecimento de novas identidades familiares.

Por fim, ainda há um caminho longo para a convivência tolerante diante da sociedade contemporânea. Ainda, conclui-se, salientando que essas novas



identidades familiares, não devem ser vistas nem como melhores nem como piores, mas sim devem ser vistas como espaços para o reconhecimento fático da cidadania e da dignidade humana, tais quais as famílias consideradas tradicionais.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Marigley Leite de; JAHNKE, Letícia Thomasi; WERLANG, Alejandro C. R. Família e Constituição na América Latina. *In*: DEL'OLMO, Florisbal; BEDIN, Gilmar Antonio; ARAUJO, Marigley Leite de. (org.). **Direito e Interação na América Latina**. 1ª ed. Campinas, São Paulo, Millenium Editora, 2014.

ARNAIZ, Graciano Gonzáles R. **Derechos Humanos: Nuevos espacios de representación**. Escolar y Mayo Editores S.L. 2012.

BERTASO, João Martins. **Cidadania e Solidariedade: reflexões interculturais**. *IN*: \_\_\_\_\_. COPETTI, André Leonardo. (Org.). Cidadania e Direitos Culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil. Santo Ângelo. FuRI, 2013.

\_\_\_\_\_. BERTASO, Candice Nunes. **Dialética de Sinergia entre Cidadania e Direitos Humanos**. *IN*: \_\_\_\_\_. COPETTI, André Leonardo; ROCHA, Leonel Severo. Cidadania e Direitos Culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil. Santo Ângelo. FuRI, 2015.

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16. Ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial. n. 1.302.467/SP**. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Publicado no DJ de 25/03/2015 p. 54. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1386766&num\\_registro=201200026714&data=20150325&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1386766&num_registro=201200026714&data=20150325&formato=PDF)>. Acesso em 16. Ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes. N. 70034811810**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2010. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70034811810&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politicasite&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70034811810&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 24. Set. 2016.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial. n. 889.852/RS.** Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequecial=966556&num\\_registro=200602091374&data=20100810&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequecial=966556&num_registro=200602091374&data=20100810&formato=PDF)>. Acesso em: 24. Set. 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Anuário estatístico do Brasil.** Rio de Janeiro: IBGE, 2003. v. 61.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** Tradução de Roneide Venancio Majer. 6ª ed. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. Manuel. **O Poder da Identidade.** Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga.** Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão E-Book. Digitalização do Livro em papel. Editora das Américas. S.A. EDAMERIS, São Paulo, 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Família ou Famílias?** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/fam%EDlia\\_ou\\_familias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/fam%EDlia_ou_familias.pdf)> Acesso em: 28. Fev. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade:** o que diz a Justiça!: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

DONATI, Pierpaolo. **Família no século XXI:** abordagem relacional. Tradução de João Carlos Petrini. São Paulo: Paulinas, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** Tradução de Leandro Konder. 16ª ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo, Global, 2006.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Tradução: Tomaz Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A Incessante Travessia dos Tempos e a Renovação dos Paradigmas:** A Família, seus Status e seu Enquadramento na Pós-Modernidade. In: DEL'OLMO, Florisbal; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. (org.). Direito de Família Contemporâneo e Novos Direitos: Estudos em Homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.





KOSSMANN, Edson Luís. A evolução histórica dos instrumentos e mecanismos de proteção e garantia dos Direitos Humanos – conquistas e desafios. *In*: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian. (org.). **Direitos Humanos e Novas Tecnologias**. Jundiaí, Paco Editorial, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração Nº 71005989629, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 28/04/2016. Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A71005989629&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A71005989629&as_q=+#main_res_juris). Acesso em: 16. Ago. 2016.

SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. *In*: SILVA, Tomaz Tadeu (org.). **Identidade e Diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000.

WEBER, Ana Laura; VERONESE, Osmar; MARTINS, Paulo Adroir Magalhães. A Formação de Famílias por Transexuais com a Utilização das Tecnologias para Reprodução Humana Assistida. *In*: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; CERVI, Jacson Roberto; VERONESE, Osmar. (org.). **Multiculturalidade e Cidadania: Olhares Transversais**. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2015.



## **O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS NA INTEGRAÇÃO DO TRANSEXUAL**

*Kaoanne Wolf Krawczak<sup>1</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho apresenta um estudo sobre os direitos dos transexuais, que diariamente são violados e desrespeitados pelos sujeitos que seguem fielmente os padrões de conduta considerados “normais” em um determinado contexto social. Diante disso, busca-se, em especial, o papel dos direitos humanos em relação à efetivação imediata e a integração dos transexuais, que a todo o momento são vulgarizados/vulnerabilizados simplesmente porque são diferentes. Pretende-se buscar uma resposta eficiente e adequada para este problema de gênero enfrentado diariamente pelos transexuais que se encontram “inseridos” em uma sociedade marcada por preconceitos. Assim, compreende-se que é necessário refletir sobre o real sentimento que estas pessoas, que nasceram no gênero errado (se é que existe mesmo um gênero certo?) e que não tiveram o direito de escolher pelo gênero que melhor se adapta às suas reais necessidades.

Dentro desse contexto de conflitos identitários e de tensionamentos nas questões do gênero, buscou-se entender como esse processo todo ocorre e como os direitos humanos podem desempenhar um papel relevante na efetivação dos direitos dos transexuais. Assim, em um primeiro momento, serão focados os conceitos de direitos humanos, gênero e igualdade, de forma a facilitar a compreensão acerca do tema. Dando seguimento, no último tópico será tratado do tema principal deste trabalho: os direitos humanos e os tensionamentos na questão do gênero, focando exclusivamente as problemáticas indenitárias dos transexuais e, conseqüentemente, o papel que os direitos humanos assumem na busca pela efetivação do direito à igualdade.

Como hipótese provisória, tem-se que os direitos humanos desempenham um papel muito importante na integração dos transexuais, viabilizando uma oportunidade para estes se sentirem iguais, tendo em vista que em um Estado de Direito preza-se por um tratamento isonômico para todos os seres humanos, independentemente de qualquer consideração de gênero e que nossa Carta Magna coloca a dignidade da pessoa humana como um preceito a ser seguido em toda e qualquer relação, pois esta é uma condição intrínseca inerente a qualquer sujeito de direito. Entretanto, efetivar este direito fundamental à igualdade ainda é uma questão a ser enfrentada, inclusive em sociedades nas quais o preconceito em face dos transexuais ainda impera, como é o caso do Brasil (e de vários outros países do mundo). Assim, busca-se por uma solução efetiva com a finalidade de compreender o real sentimento dos sujeitos que nasceram em um gênero que não lhes pertence.



## 1 A DIGNIDADE HUMANA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O surgimento dos direitos fundamentais está perfeitamente ligado ao surgimento do constitucionalismo, enquanto movimento responsável por limitar os poderes estatais, conforme leciona Filho Cavalcante (p. 1). Podem ser conceituados como “os direitos que exprimem e protegem os valores mais caros à sociedade” (RODRIGUES, L., 2013). Assim, devem constar em documentos jurídicos que possuam máxima força vinculante, ou seja, devem estar presentes no texto constitucional, para que fiquem resguardados de “vontades ocasionais”. De modo que, conforme Pfaffenseller (2007),

a fim de cumprir com a função de defesa da sociedade na forma de limitação normativa ao poder estatal, sobreveio um conjunto de valores, direitos e liberdades, consubstanciados nos Direitos Fundamentais. Outrossim, considerando a necessidade de concretizar tais garantias, elas foram positivadas em um instrumento que limitou atuação do Estado e, ao mesmo tempo, traçou os parâmetros fundamentais de todo o ordenamento jurídico interno: a Constituição.

Ademais, nas palavras de Sampaio, (SAMPAIO, 2002, p. 670), “desempenham um papel fundamental e central de legitimidade da ordem constitucional, um centro normativo em relação às demais partes da Constituição Federal”. Ao passo que, “sob uma perspectiva clássica, consistem em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado” (PFAFFENSELLER, 2007). Entretanto, como explica Bobbio (1999),

é ilusório afirmar que há um substrato filosófico único e absoluto para os direitos fundamentais, pois são vários os seus fundamentos, conforme o direito analisado. Entre esses fundamentos, estão as concepções filosóficas jusnaturalistas, pelas quais os direitos fundamentais são imperativos de direito natural, preexistentes ao Estado e que por isso não podem ser negados a nenhum ser humano; as positivistas, pelas quais os direitos fundamentais decorrem da lei que os afirma; as idealistas, pelas quais os direitos fundamentais são idéias abstratas que a realidade acolhe ao longo do tempo; as realistas, pelas quais esses direitos são o resultado direto de lutas sociais e políticas ao longo do tempo; as utilitaristas negativas, pelas quais surgiram por ser mais fácil proteger as pessoas da desgraça do que estimular a felicidade de todos; e as decorrentes da “ética das necessidades”, pela quais os direitos fundamentais satisfazem uma necessidade das pessoas e por isso é um valor, tendo em vista que, como a necessidade tem um papel central na interação social, a necessidade é em si mesma um valor e tudo que a satisfaça também o é.

Dando continuidade, um conceito para os direitos fundamentais tem ligação direta com “a evolução da sociedade [...] o que [...] acarretou uma modificação nas tutelas pretendidas e, conseqüentemente, abriu espaço para o surgimento constante de novos Direitos” (PFAFFENSELLER, 2007). Pois, em



tempos passados, quem satisfazia os direitos fundamentais era o Estado, por meio de mera omissão. Entretanto,

Com o desenvolvimento da sociedade, [...] tal conceito não mais bastou para o cumprimento das exigências supervenientes. Surgiram direitos que passaram a exigir uma atitude positiva por parte do Estado, o que atribui aos titulares de Direitos Fundamentais dois tipos de prerrogativas: liberdade e poder (PFAFFENSELLER, 2007).

Nesse sentido, Bonavides (1996), afirma que o lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) renunciou a institucionalização dos direitos fundamentais e a consequente divisão destes em 3 (três) gerações. Conforme Pfaffenseller (2007),

os direitos de primeira geração correspondem aos direitos da liberdade, e foram os primeiros previstos constitucionalmente. Referem-se aos direitos civis e políticos, têm como titular o indivíduo e são direitos de resistência ou oposição contra o Poder Público [...] Os direitos da segunda geração são os sociais, culturais e econômicos. Derivados do princípio da igualdade, surgiram com o Estado social e são vistos como direitos da coletividade [...] Assentados sobre a fraternidade, surgem os Direitos Fundamentais de terceira geração, os direitos difusos, os quais visam à proteção do ser humano, e não apenas do indivíduo ou do Estado em nome da coletividade [...] A princípio, são identificados cinco direitos como sendo da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Dentre os princípios constitucionais fundamentais responsáveis por construir e interpretar o sistema jurídico brasileiro merece destaque a dignidade da pessoa humana, que, nas palavras de Silva (1989, p. 93), deve ser entendida como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Assim também entendem Bastos e Martins (1988, p. 425), “a referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os indivíduos clássicos, quer sejam os de fundo econômico”. Nesse sentido, trata-se, “de um princípio aberto, mas que, em uma apertada síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos – justamente os direitos fundamentais” (FILHO CAVALCANTE). Necessário também destacar o conceito trazido por Sarlet (2007, p. 43), para o qual a dignidade é

a qualidade intrínseca e distintiva de cada Ser Humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.



Importante salientar que a primeira vez que a dignidade da pessoa humana apareceu expressamente como direito fundamental, foi na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no seu “art. III, n! I, declarando: A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais” (SILVA, 1998, p. 89). Assim também ocorreu com Portugal, ao declarar em seu artigo 1º que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” e com a Espanha, cujo artigo 10 estatui que “dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social” (SILVA, 1998, p. 89).

Ao passo que no Brasil, apesar dos debates sobre a dignidade humana existirem desde o período imperial, apenas com o surgimento do constitucionalismo moderno, iniciado com a promulgação da Carta Magna de 1988, a dignidade da pessoa humana se tornou um preceito fundamental. Isso leva a concluir que o reconhecimento desse direito fundamental é algo recente em nosso país, e se apresentou como uma novidade ao ser trazido no corpo de nossa Carta Magna. De acordo com Sarlet (2001, p. 101),

A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais [...] deixando transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material.

Como alerta Ferreira Filho (1990), “[...] para o constitucionalismo brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo”. Assim, ao afirmar que Estado se edifica sob a noção da dignidade da pessoa humana o constituinte assevera que entre os fins do Estado está o de propiciar as pessoas condições para que se tornem dignas. Neste viés, “a procura responsável pelo direito à dignidade de cada homem é uma atitude que exige, simbolicamente, a conquista de muitos espaços” (LUCAS, 2010, p. 121).

Entretanto, conforme L. Araújo (2000, p. 103), a dignidade humana pode ser atacada de muitas maneiras, de forma que “o sentido humano da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade”. Assim, Barroso (1996, p. 298), critica o fato do princípio da dignidade da pessoa humana ter sido inserida na Constituição, por não possuir valor jurídico e porque



a dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações. Por ter significativo valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando no mistificador.

Porém, este não é o entendimento da maioria dos juristas, de forma que a dignidade deve servir como “farol para a busca da efetividade dos direitos constitucionais” (ARAÚJO, L., 2000, p. 104). Assim também entende Sarlet (2005), ao dizer que o princípio da dignidade humana,

além de constituir valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais [...] Cuida-se de posições exemplificativamente referidas e que expressam o pensamento de boa parte da melhor doutrina, de modo especial no que tange à íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, importante estabelecer a relação entre os direitos humanos e os princípios fundamentais previstos em nossa Carta Magna, pois, “não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana” (SCHEIBE, 2008, p. 87). A partir disso, foi amplamente difundida a ideia de dignidade e conseqüentemente, valorização da pessoa humana, enquanto princípios basilares do constitucionalismo brasileiro e orientadores do ordenamento jurídico pátrio. Como conseqüência, a dignidade recebeu o *status* de fundamento da ordem constitucional e se tornou a base dos direitos humanos. Assim, tem-se que “a dignidade da pessoa humana ocupa superior posição tópica no constitucionalismo moderno” (SCHEIBE, 2008, p. 88). Entretanto, é importante lembrar que

a preocupação sobre o tema da dignidade [...] é resgatar uma noção concreta no que concerne à pessoa, a sua dignidade, ao respeito, à alteridade, ou seja, como sustentar a defesa desta ideia de valorização da pessoa não apenas em um sentido genérico e abstrato, mas, sim, num sentido concreto [...] O fundamento e a busca da concretização destes direitos está vinculado ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, imprescindíveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a incolumidade física e psíquica, o próprio corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, entre outros (SCHEIBE, 2008, p. 89).

Desta forma, cabe salientar que a dignidade da pessoa humana possui um amplo alcance na Constituição de 1988 e acabou por se tornar o



fundamento da República. Mas, e qual o verdadeiro fundamento da própria dignidade? Bem, esse fundamento se encontra na própria pessoa, pois é uma qualidade intrínseca do sujeito humano, não sendo a ele atribuído por qualquer ordenamento, até porque, a este último cabe apenas o dever de a proteger e promover. Sendo assim, tem-se que a dignidade é um objeto a ser tutelado pelos direitos da personalidade.

Quando o assunto é a proteção dos transexuais, a dignidade humana há de se tornar um princípio necessário e básico para a efetiva proteção constitucional, de modo a buscar a felicidade, até certo ponto, garantida pelo Estado, conforme ensina L. Araújo (2000, p. 105). E, como se sabe o transexual vive em um conflito permanente, “acredita pertencer a um sexo que não é o seu [...] Não se trata de algo que permita um tratamento psicológico ou qualquer outro tipo de tratamento, salvo a cirurgia, com posterior acompanhamento [...]” (ARAÚJO, L., 2000, p. 104). Ao passo que, viver sem uma identidade sexual, que somada à busca pela realização imaginária e ao desejo de um sexo que não é o seu, os leva a conflitos diários, que muitas vezes, só serão superados com a realização da cirurgia de mudança de sexo, caso assim desejem. E é aqui que entra a importância do princípio da dignidade humana. Pois, o Poder Judiciário, ao analisar os pedidos, deve antes de tudo, interpretar a Constituição e conseqüentemente, os seus princípios, sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

Decidindo pela possibilidade de “libertação” do transexual, pela cirurgia de redesignação de sexo, com suas conseqüências de alteração do registro civil, o operador do direito cuidará de decidir conforme o vetor da dignidade da pessoa humana previsto no ditame constitucional. Mantendo o transexual na mesma situação, angustiada, o Poder Judiciário deixa de operar no sentido de busca da felicidade do cidadão, conseqüentemente impedindo o conceito de dignidade da pessoa humana. Não se pode acreditar que alguém possa conviver com a dualidade expressa em sua divisão sexual e imaginar-se digno (ARAÚJO, L., 2000, p. 105).

E é justamente quanto a esse processo de redesignação de sexo do transexual e de sua adaptação à nova (e tão desejada e esperada) condição de vida e sobre o papel que os direitos humanos desempenhará nesse processo que irá se debater no próximo tópico. Pois não é uma simples cirurgia de mudança de sexo, mas sim, todo um processo que envolve aspectos físicos, psíquicos, jurídicos e sociais que merecem total atenção, de modo a evitar que o “problema” apenas se agrave e que os transexuais continuem na vida de angústias a que já são submetidos diariamente.

## **2 O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS NA INTEGRAÇÃO FÍSICA, PSÍQUICA, JURÍDICA E SOCIAL DO TRANSEXUAL**

O transexualismo hoje é um assunto bastante recorrente, inclusive ocupando páginas de revistas, programas de televisão e até mesmo capítulos de novela. Apesar disso, a transexualidade é ainda tratada com muito preconceito, pois “para a maioria, o transexual ainda é um ser estranho a tudo



e a todos, quase como se não fosse humano, o que implica incontáveis desconfortos, levando-os, quase sempre, à margem da sociedade [...]” (SCHEIBE, 2008, p. 11). E mais, “todo e qualquer tema que esteja ligado à questão sexualidade é ainda cercada por inúmeros mitos e preconceitos que acabam por evitar que estes sejam discutidos no grande grupo” (STURZA e SCHORR, 2015). Se apenas falar no assunto ainda é um tabu, com a integração dos transexuais na sociedade o problema é ainda maior, pois ela não ocorre de forma efetiva dos. E é aí que está o problema, ela não ocorre. E quando ocorre, é marcada por diversos processos traumáticos para os transexuais e para aqueles que tentem realizá-la de forma efetiva.

Diante desse cenário de incertezas e traumas, é que se faz necessária e imprescindível a atuação dos direitos humanos de forma a suavizar as controvérsias e concretizar a integração dos transexuais, “até então socialmente escondidos e [...] excluídos” (SCHEIBE, 2008, p. 16). E essa integração deve se dar nos aspectos físico, psíquico, jurídico e social (o que será detalhado mais adiante), para que eles possam encontrar o espaço social de que tanto necessitam.

Em primeiro lugar, irá se debater sobre a adequação em relação aos aspectos físicos, de modo que “o indivíduo não quer simplesmente mudar de sexo. A adequação lhe é imposta de forma irresistível; portanto, ele nada mais reclama que a colocação de sua aparência física em concordância com seu verdadeiro sexo: o sexo psicológico” (VIEIRA, 2000, p. 88). Assim, tem-se que os transexuais são pessoas que reprovam seus órgãos sexuais externos, pois querem pertencer ao sexo oposto, diante disso, a grande maioria, deseja se livrar deles por meio de um procedimento médico, a cirurgia de redesignação sexual. Pois, “segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São portanto, portadores de neurodiscordância de gênero”. (VIEIRA, 2000, p. 89). Esse procedimento cirúrgico é a cirurgia de transgenitalização – se apresentando, hoje, como a melhor solução para esses casos de não identificação, a qual é “prevista e autorizada pela resolução n. 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina” (CRUZ, 2009, p. 59).

Mas, apesar de hoje se apresentar como o recurso mais adequado, que apresenta altos índices de sucesso, inclusive sendo realizada por profissionais que se especializam e se dedicam a este tipo de procedimento, antes de se optar por ela é preciso observar diversos requisitos. “Entre as especificações, os mais importantes para seguir o procedimento correto estão nos artigos 3º e 4º da Resolução n. 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina”. No artigo 3º constam os critérios que devem ser obedecidos para que os sujeitos se enquadrem como transexuais e possam realizar a cirurgia, enquanto o artigo 4º define por quais avaliações os pacientes selecionados devem passar.

Importante salientar que a resolução trata da cirurgia como adequação de sexo, e não como mudança de sexo como é chamada, erroneamente, pela maioria das pessoas. E também menciona os locais onde as cirurgias devem ser realizadas, ao passo que “os procedimentos cirúrgicos de adequação de





fenótipo feminino para masculino devem ser praticados em hospitais universitários, ou hospitais públicos, com fim de pesquisa”, conforme diz o artigo 5º da referida resolução.

Ainda, quanto à cirurgia de adequação de sexo, deve-se que abordar o papel do Sistema Único de Saúde (SUS) neste processo. Assim, com base na Portaria Nº 2.803/13, que redefiniu e ampliou o processo transexualizador no SUS, tem-se que estas cirurgias podem ser realizadas pelo SUS, desde 2008, porém, estas apenas serão concretizadas se os pacientes atenderem certos requisitos, como por exemplo, “maioridade, acompanhamento psicoterápico por pelo menos dois anos, laudo psicológico/psiquiátrico favorável e diagnóstico de transexualidade” (PORTAL BRASIL, 2015).

Para melhor exemplificar o atendimento do SUS aos transexuais, seguem dados

No Brasil, o Ministério da Saúde oferece atenção às pessoas nesse processo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) desde a publicação da Portaria Nº 457, de agosto de 2008. Até 2014, foram realizados 6.724 procedimentos ambulatoriais e 243 procedimentos cirúrgicos em quatro serviços habilitados no processo transexualizador no SUS (PORTAL BRASIL, 2015).

Mas, além da cirurgia, outros procedimentos precisam ser adotados, como a submissão a tratamentos hormonais, colocação de próteses de silicone, procedimentos estéticos, entre outros. Nesse sentido, normalmente, como explica Cruz (2009, p. 62),

o homem faz uso de próteses de silicone e aplicações de colágeno no rosto para ficar mais parecido como uma mulher, com traços mais finos, além de a voz afinar com o uso de hormônio feminilizante. No caso das mulheres transexuais, ao utilizarem, a linha do cabelo começa a retroceder, a voz fica mais grossa, e a menstruação para de ocorrer.

Além disso, é preciso mencionar que, que após ocorrer a triagem dos transexuais, é preciso dar atenção à fase pós-operatória, de modo que “inclinamo-nos pela submissão do transexual a uma equipe multidisciplinar de profissionais especializados no assunto. Tal quadro deve ser composto por, pelo menos, um endocrinologista, um psiquiatra, um psicólogo e um cirurgião plástico” (VIEIRA, 2000 p. 90), devendo estes profissionais analisar “o grau de feminilidade ou masculinidade do paciente” (VIEIRA, 2000 p. 90).

Em razão disso, em um segundo plano há que se analisar como se dá a adequação em relação aos aspectos psíquicos. Isso porque o fenômeno transexual, nas palavras de Castel (apud VENTURA; SCHRAMM, 2009), em sua versão contemporânea, revela uma dialética que após ser desenvolvida resultou na criação de uma doença, envolvendo disputas e consensos entre as diversas especialidades médicas – entre medicina, ciências sociais, direitos e demais saberes, e os movimentos organizados. De modo que a problemática psicossocial revela que “existe uma ruptura entre o corpo e a mente do



transexual, que se sente como tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita” (HOGEMANN; CARVALHO, 2015, p. 2).

Entretanto, apesar de o transexual se considerar “pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar” (HOGEMANN e CARVALHO, 2015, p. 3) através da cirurgia de redesignação sexual, para ter acesso a tais “modificações corporais e alteração da sua identidade sexual” (VENTURA e SCHRAMM, 2009, p. 67) ele precisa passar por um protocolo.

Nesse sentido, esse protocolo foi criado com o objetivo de se fixarem descrições e prescrições sobre o modo mais adequado de se viver a transexualidade, ou seja, restringindo e estabelecendo limites para que a prática das intervenções seja realizada de forma segura, de modo a não provocar mais sofrimentos a estes sujeitos. Até porque, a psiquiatria entende o transexualismo como uma patologia, o que, por si só, já gera grandes aflições e tormentos. Ao passo que “para a psicanálise, a sexualidade e principalmente a diferença sexual, são fenômenos complexos que definem formas de manifestação das subjetividades” (ARAN, 2006, p. 55).

O discurso atual sobre o transexualismo na sexologia, na psiquiatria e em parte na psicanálise faz desta experiência uma patologia – um “transtorno de identidade” – dada a não-conformidade entre sexo biológico e gênero. Por outro lado, ele também pode ser considerado uma psicose devido à recusa da diferença sexual [...] (ARAN, 2006, p. 50).

Nesta perspectiva, “os espectros de descontinuidade e incoerência que se transformam numa patologia são, desta forma, apenas concebíveis em função deste sistema normativo” (ARAN, 2006, p. 50). Neste sentido, “certos tipos de identidade de gênero parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformam às normas de inteligibilidade cultural” (BUTLER, 2003, p. 39).

Nesse sentido, cumpre salientar que a Organização Mundial da Saúde enquadra o transexualismo no rol dos Transtornos de Identidade Sexual, identificando-o através do Código F64.0. Entretanto, como dizem Sturza e Schorr (2015, p. 269),

esta classificação como um transtorno de identidade sexual, dada pela OMS, é totalmente desaprovada pelos transexuais e pelos doutrinadores estudiosos do tema, vez que não pode ser considerado como uma doença, mas sim como uma identidade sexual diversa da considerada como normal, porém única.

Voltando à questão principal, é preciso realçar a necessidade de um apoio psicológico eficiente aos sujeitos que se identificam como transexuais, mesmo para aqueles que não optarem pela cirurgia, e em especial, para os



que optarem. Assim, Chilland (apud ARAN, 2006, p. 57), importante teórica deste campo, ao relatar a diversidade da experiência transexual hoje, destaca

a importância da realização da psicoterapia psicanalítica com os transexuais que a desejarem, ressaltando a importância da realização de um apoio psicológico e existencial no processo psicanalítico. Segundo a autora, o reconhecimento desta condição pode oferecer um espaço de acolhimento que permita uma melhor organização assim como a ampliação das possibilidades subjetivas.

Seguindo outra linha de pensamento, levando em conta os diversos tipos de conflitos dos quais a transexualidade pode ser objeto, tem-se que destacar as desordens ligadas às tensões intraindividuais, ou seja, do indivíduo com ele mesmo. Assim, podem ser conceituados como aqueles que resultam da crise entre a identidade de gênero e a identidade sexual, ou melhor, entre a “identidade corporal e a identidade de gênero” (BENTO, 2006). Ainda, também pode ser definido como o “conflito entre sexo físico e sexo psíquico” (HOTTOIS apud VENTURA; SCHRAMM, 2009, p. 70). Porquanto, conforme Ventura e Schramm (2009, p.70),

tal tensão também pode ser indicada pelo prefixo *trans* -, que aponta a necessidade de usar um “terceiro termo” para definir o fenômeno. O prefixo vem preposição latina *trans*, que indica “além de”, “para lá de”, “depois de”, podendo, portanto, referir-se a um terceiro identitário de difícil colocação lógica e semântica, pois indica ao mesmo tempo uma disjunção e uma conjunção. Ser *trans* – não é ser nem um nem outro e, ao mesmo tempo, ser um e outro, de acordo com a semântica do verbo “transitar”, que implica poder ir de um lado para outro e vice-versa.

Mas, não se pode deixar de lado a problemática gerada pelos efeitos produzidos pelo diagnóstico psiquiátrico desta condição sexual (ser transexual), pois, na maioria das vezes as implicações são estigmatizantes e até mesmo discriminatórias. Assim, é preciso um maior aprofundamento dessas questões psíquicas, tendo em vista que são pré-requisito para os indivíduos possam ter acesso aos recursos médicos disponíveis. De modo a analisar se esta restrição à autonomia dos sujeitos transexuais é mesmo necessária, se ela realmente o protege, e se de fato é efetiva e eficaz.

Em uma última análise, “além de profundo conflito individual, há repercussões nas áreas [...] jurídicas, pois o transexual tem a sensação de que a biologia se equivocou em relação a ele” (OLAZÁBAL, apud HOGEMANN; CARVALHO, 2015, p. 3). Assim, para concluir este tópico tem-se que verificar como ocorre a adequação dos transexuais em relação aos aspectos jurídicos. Pois, “[...] o Direito não pode se calar às mudanças comportamentais verificadas no seio social, além de ter a necessidade de adequar-se ao afloramento dos novos impulsos e anseios por que passa nossa sociedade e ao qual o ser humano está ligado” (STURZA; SCHORR, 2015, p. 267). Pois,



após a cirurgia, outro entrave ao cidadão redesignado surge. É a questão do seu nome e sexo constantes em seu registro civil. De acordo com a Lei dos Registros Públicos, só poderá ser alterado o prenome quando ele expuser o cidadão ao ridículo ou quando for consequência de um erro evidente quando da sua lavratura, não existindo previsão legal quanto aos casos de intervenção cirúrgica de mudança de sexo (STURZA; SCHORR, 2015, p. 267).

Em razão disto, a cada dia surgem mais ações judiciais, pois se tornaram imprescindíveis, e todas com o mesmo objetivo, obter uma autorização do Poder Judiciário para regularizar o registro civil, em razão da nova realidade física e fática vivenciada pelos sujeitos envolvidos (no caso, os transexuais). Como exemplo, “uma das pioneiras foi o conhecido caso envolvendo Roberta Close, nascida Luís Roberto Gambine Moreira, e que realizou a cirurgia na Suíça, pela impossibilidade de realizar no Brasil, à época” (STURZA e SCHORR, 2015, p. 271). Entretanto, o assunto não ficou apenas nos tribunais estaduais, pelo contrário, até o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela alteração do registro civil, permitindo a modificação do prenome e do sexo que constava no documento original, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, usado para fundamentar as decisões favoráveis a alteração.

Por conseguinte, VIEIRA (2000, p. 91) explica que

O direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação do sexo e prenome, está ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde (arts. 6º e 196 da Constituição Federal), principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal [...] Trata-se, destarte, de um direito da personalidade (grifo do autor).

Da mesma forma, Rocha (apud VIEIRA, 2000, p. 98) salienta que “o fato de inexistir leis em nosso Código Civil e em nossa Lei dos Registros Públicos [...] o problema sob judice não enseja a possibilidade de omissão judicial, mesmo porque o direito tem numerosas fontes [...]”. Assim, na falta de regulamentação, os transexuais são obrigados a recorrer ao Poder Judiciário, isso significa, que ficam sujeitos às vontades dos Tribunais, ou seja, as decisões nem sempre são idênticas, pelo contrário, são diversificadas, podendo, inclusive, serem desfavoráveis – ocorrendo com mais facilidade quanto à alteração do sexo legal.

Algumas, por exemplo, estabelecem que fique inscrita a condição de transexual no registro, o que não atende integralmente à demanda de reconhecimento no plano cível da identidade de gênero adotada. É importante ressaltar que a alteração do sexo legal não é trivial para o sistema legal, que reconhece alguns direitos e obrigações diferenciadas para homens e mulheres, como a prestação de serviço militar obrigatório, tempo de aposentadoria, e outras relativas aos direitos de família, como maternidade e paternidade, filiação, casamento, que podem atingir direitos de terceiros. Daí a importância



de se prever a extensão dos efeitos da alteração da identidade sexual (VENTURA e SCHRAMM, 2009, p. 83).

Outrossim, quanto às decisões favoráveis, conforme Ventura e Schramm (2009, p. 83), tem-se que

Os respaldos e fundamentos das decisões judiciais favoráveis indicam que o Judiciário ainda não admite pura e simplesmente o direito à identidade de gênero como uma escolha da pessoa, mas, sim, como “um drama pessoal que encontra definição e respaldo na ciência médica e psicológica que o impeliu para uma final realização terapêutica que encontra o seu clímax na sentença retificadora de sua condição sexual e do seu nome” [...]

Nesse sentido, para confirmar o entendimento jurisprudencial, acima explicitado, seguem jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (a escolha por este tribunal se deu em razão de ser o Rio Grande do Sul o primeiro estado brasileiro a reconhecer direitos para os transexuais, como exemplo, temos que foi o pioneiro na instituição da carteira social para os transexuais).

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO QUANTO AO NOME E SEXO DO AUTOR. TRANSEXUALISMO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGISTRO, UMA VEZ NÃO PREVISTA CIRURGIA PARA MUDANÇA DE SEXO, NEM MESMO PROVA ROBUSTA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO TRANSTORNO SEXUAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70056132376, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 13/11/2013) (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Neste contexto, há que se entender sobre a readequação de documentos – permitida apenas depois da realização da cirurgia de adequação sexual, já que estes são de grande importância social, e inclusive simbólica em nossa sociedade. Neste sentido, mudá-los, para os transexuais é “de enorme importância, pois é pelo uso de documentos adequados à sua identidade social que conseguem escapar das pequenas (e grandes) humilhações e constrangimentos do dia-a-dia” (ZAMBRANO, 2003, p. 83). De forma que,

o primeiro documento de identidade é o registro de nascimento que estabelece, além de outros dados de identificação, o nome e o sexo do recém-nascido. Torna-se peça fundamental em que todos os outros documentos vão estar apoiados, dando origem à menção do sexo em cada um deles.

Entretanto, apesar da facilidade para se declarar o sexo da criança no momento do registro, o mesmo não ocorre quando o sujeito transexual pretende mudá-lo, em um momento posterior. A dificuldade se dá em razão de



se apoiar nos princípios jurídicos da indisponibilidade do estado das pessoas e da indisponibilidade do direito ao próprio corpo.

Assim, nas palavras de Zambrano (2003, p. 82), temos que

O princípio da indisponibilidade do estado das pessoas refere-se ao estado civil que inclui data, hora e lugar de nascimento, nome e sobrenome dos pais, o nome e o sexo da criança. Nenhum destes elementos foi escolhido pelo recém-nascido e o princípio afirma não se poder mudar este registro por um capricho da vontade do indivíduo. As razões alegadas são as de estar ligado ao preceito de ordem pública, sendo a certidão de nascimento prova de existência da pessoa e seu ingresso no mundo jurídico.

Ao passo que “[...] o princípio da indisponibilidade do corpo humano, que funda a proibição de comercializar com o corpo humano, proíbe qualquer atentado à dignidade da pessoa humana e garante respeito ao corpo humano e a inviolabilidade do mesmo” (ZAMBRANO, 2003, p. 83). Outrora, temos que a principal dificuldade na troca de documentos se baseia no fato de o Direito adotar o princípio da imutabilidade dos dados constantes no registro civil, salvo, por motivo de erros gráficos. Mas, como já explicitado anteriormente, os Tribunais, assim como a Lei de Registros Públicos, em seu artigo 58 “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”, tem permitido a mudança na questão do prenome, e em alguns casos do sexo, no caso de transexuais que entram com ações judiciais após a cirurgia de redesignação sexual.

Diante da falta de regulamentação e das dificuldades (principalmente financeiras) de postular diante do Judiciário, o Brasil buscou por uma “solução” mais rápida e criou o nome social para os transexuais.

O Brasil é o único país do mundo onde, no vácuo de uma legislação geral, instituições garantem um direito negado globalmente. Aqui transmutamos o respeito à identidade de gênero em “nome social”. Universidades, escolas, ministérios e outras esferas do mundo público aprovam regulamentos que garantem às pessoas trans a utilização do “nome social”<sup>12</sup>. Mudar sem alterar substancialmente nada na vida da população mais excluída da cidadania nacional (BENTO, p. 178).

Apesar de não resolver o problema da discriminação dos transexuais, o nome social surge para minimizar um pouco os efeitos deste preconceito frequentemente praticado em nossa sociedade. Assim, com base no artigo 1º da Resolução n. 12/2015, que institui o uso do nome social, “deve ser garantido pelas instituições e redes de ensino, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social àqueles e àquelas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, mediante solicitação do próprio interessado” (BRASIL, 2015). Assim, tem-se que o uso do nome social deve ser adotado por escolas, universidades, ministérios e instituições públicas, ou seja, ele só existe em “esferas micro” (BENTO, p. 165). E ainda,



para adotá-lo o sujeito não precisa apresentar nenhum tipo de documento ou laudo médico, basta manifestar sua vontade. Importante salientar que, estudantes adolescentes terão sua identidade de gênero reconhecida, independentemente de autorização de seu responsável, conforme artigo 8º da resolução acima mencionada.

Assim também, com base na Resolução deve ser utilizado o campo “nome social” em concursos, inscrições, matrículas e etc. Entretanto, conforme esta resolução não tem força de lei, sendo apenas uma recomendação para que as instituições de educação adotem práticas que respeitem os direitos de estudantes transexuais. Apesar da luta dos movimentos sociais, desde 2008, para que o uso do nome social se torne realidade, apenas após a edição do Regulamento é que este direito foi colocado à disposição dos transexuais.

Um dos casos pioneiros de uso do nome social foi verificado este ano, no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), trouxe a opção de solicitar o uso do nome social, durante o processo de inscrição.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) abriu na segunda-feira (1) o prazo de inscrições para o XVII Exame de Ordem Unificado, que podem ser feitas no site [oab.fgv.br](http://oab.fgv.br) [...] Os examinandos travestis e transexuais poderão solicitar o nome social pelo e-mail [examedaorgem@fgv.br](mailto:examedaorgem@fgv.br) até às 23h59 do dia 15 de junho e preencher um requerimento, que deverá ser assinado e encaminhado junto com uma cópia do documento oficial de identidade (G1, 2015).

Da mesma forma, no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), foi permitido aos transexuais optarem pelo uso do nome social (apesar dessa opção se fazer presente desde a edição de 2014).

Os candidatos travestis e transexuais, que farão o Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), poderão solicitar o uso do nome social até esta sexta-feira (26). De acordo com o edital, os interessados devem acessar a página do exame e enviar os documentos requeridos para comprovar a "condição que motiva a solicitação do atendimento". As provas ocorrerão em 24 e 25 de outubro (G1, 2015).

Ainda sobre o uso do nome social no Enem, tem-se que

o número de candidatos e candidatas transexuais e travestis que poderão usar seu nome social, e não o civil, durante as provas do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) 2015 cresceu 172% em um ano. Segundo dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), o número subiu de 102, na edição de 2014, para 278 (G1, 2015).

De outro lado, outra novidade trazida pela Resolução n. 12/2015, é que banheiros, vestiários ou quaisquer outros locais que sejam separados por gênero, devem ser garantidos aos sujeitos conforme sua identidade de gênero. E a mesma coisa deve ocorrer com o uso de uniformes ou outros elementos da



indumentária, permitindo-se assim, que cada sujeito faça sua escolha conforme seu gênero, conforme artigos 6º e 7º da Resolução.

Ademais, no direito de família a adequação do sexo também possui diversos reflexos. Entre eles, há de se destacar a questão do matrimônio. De modo que, “a partir do momento em que o direito admite a adequação do sexo deve ser coerente e reconhecer ao transexual o direito a contrair matrimônio. A adequação do sexo dá ao transexual os direitos do seu novo sexo” (VIEIRA, 2000, p. 100). Entretanto, este reconhecimento só pode ser concedido transexual solteiro, divorciado ou viúvo, e que o casamento está “na dependência direta da troca de registro civil que, por sua vez, só poderá ser feita se houver cirurgia. Assim, só tem direito a casar o transexual que for operado” (ZAMBRANO, 2003, p. 87). Também, há de se destacar que a sentença que permite a alteração possui efeitos *ex tunc*, ou seja, só produz efeitos a partir do momento em que foi prolatada, assim, o transexual não será isento prestar alimentos, nem ao cônjuge, nem aos filhos. Quanto a questão da filiação, é permitido aos transexuais à adoção de crianças, pois estes são totalmente aptos a educar e instruir uma criança.

Ainda no contexto do direito civil, no tocante às sucessões

a questão da herança não suscita grandes problemas para o transexual, uma vez que, comprovada sua filiação, terá direito à legítima, tanto no caso de o ascendente ter falecido *ab inésiato* ou não” (KLABIN, 2005, p. 222, grifo do autor).

Ao passo que, quanto a responsabilidade civil do médico, o Código Civil, no artigo 1.545 prevê que “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento” (CC, 2002), assim,

previu a responsabilidade civil do médico, exigindo que esse profissional exerça sua arte segundo os preceitos estabelecidos e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes, bens inestimáveis que a ele são confiados com o pressuposto de zelar por eles (KLABIN, 1995, p. 234).

“A Lei Magna se propõe a assegurar a liberdade individual no campo da política, da moral, da religião, do trabalho, da propriedade, da intimidade do lar e, acima de tudo, a vida. E isto o faz e m razão de princípios basilares aceitos universalmente” (KLABIN, 1995, p. 234). Assim, quanto à questão constitucional, algumas questões interessantes merecem ênfase, como o direito à imagem, a intimidade, a honra e a liberdade.

Nas palavras de F. Santos (1999, p. 181), o direito à imagem do transexual

estende-se da vida intra-uterina até eventual aparência resultante de mudança de sexo. A razão é a mesma que protege a aparência após uma cirurgia estética. A pessoa continua sendo a mesma por mais que a pessoa possa ser paradoxal o reenvio de imagens pertinentes





a sexos opostos ao mesmo titular. O novo perfil que a pessoa venha adquirir através de cirurgia de mudança de sexo constitui um bem, porque continua sendo “matriz de todas as reproduções que possam dela ser feitas”. Ninguém é dono da aparência alheia, senão o próprio sujeito.

Ainda, quanto ao direito à privacidade, F. Santos (1999, p. 182), nos explica que

A vida privada é a razão de ser do homem. Negar-lhe a possibilidade de uma vida pessoal, recusando-lhe o segredo desta, é negá-lo por inteiro, uma vez que o indivíduo, prolongamento social da pessoa, não é senão seu complemento. A identidade cromossômica do transexual é o atributo que este indivíduo quer isolar do convívio da coletividade, pois o homem é um animal social e também, simultaneamente, um animal reservado.

Por fim, o direito à honra, conforme F. Santos (1999, p. 183),

A honra significa o valor íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, enfim o sentimento da própria dignidade social. Assim, a tutela da honra no ordenamento jurídico corresponde [...] a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentido da própria pessoa. A honra do transexual é violada pela rejeição e pela estigmatização de uma sexualidade de que não se julga merecedor [...]

Mas, conforme diz Klabin (1995, p. 234), a Constituição Federal de 1988

Não estipula especificamente sobre a liberdade do homem de dispor de seu próprio corpo. Mas infere-se que, sendo a incolumidade do corpo de cada indivíduo de suma importância para ele próprio, a merecer tutela especial do Estado, não tem o indivíduo, dentro do atual ordenamento jurídico, a liberdade de dispor do próprio corpo.

No mesmo sentido, tem-se que no direito do trabalho, de modo que a operação de adequação sexual “cria para o transexual graves problemas no relacionamento social, entre os quais aqueles que dizem respeito ao trabalho. Não pode registrar-se para trabalhar nem como homem, nem como mulher, em razão de sua condição” (KLABIN, 1995, p. 228). Entretanto, isso não deveria ocorrer, pois a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 5º, define que “a todo trabalho, de igual valor, corresponderá salário igual, sem distinção de sexo” (CLT, 1943), assim também o artigo 146 da CLT, “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade” (CLT, 1943).

Ao passo que no direito da seguridade social a cirurgia de redesignação sexual também interfere em diversos institutos. O primeiro direito a ser alterado é a questão da aposentadoria, pois como hoje os prazos são diferentes para homens e mulheres após a mudança de sexo “o homem ou a mulher passarão



para outro regime previdenciário [...] por procedimento reservado, em segredo de justiça, o juiz deve proceder à proporcionalidade do tempo de serviço do transexual operado, até o momento, passando a contá-lo no novo regime” (ARAÚJO, L., 2000, ps. 141 e 142). Quanto aos auxílios médicos e sociais, os transexuais tem direito a todos os auxílios previdenciários, desde que preencham os requisitos necessários.

Ademais, no direito penal e processual penal, várias são as questões a se discutir. A primeira implicação diz respeito a licitude da cirurgia de redesignação sexual. Sobre esta, (VIEIRA, 2000, p. 95), entende “não ser criminosa a cirurgia porque não há dolo por parte do médico, não há intenção de mutilar, mas de curar, ou pelo menos amenizar o problema deste indivíduo. Este, por sua vez, fornece o consentimento esclarecido”. Não há tipicidade, portanto, não há crime, pois o médico atua no exercício regular do direito, conforme artigo 23, III, do Código Penal, “Não há crime quando o agente pratica o fato: III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito” (CP, 1940). Até porque, se trata de uma cirurgia ética, pois está autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, sendo regulada na Resolução n. 1.955/10, artigo 1º “autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo” (CFM, 2010) e artigo 2º “autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia” (CFM, 2010).

No caso do transexual [...] verificamos que não pode validamente dispor do direito lesado, ou seja, do direito à sua integridade física, e, por sua vez, o cirurgião que se propusesse a efetuar a operação de conversão, valendo-se do consentimento vedado do transexual, não conseguiria afastar de si a responsabilidade criminal, pois que caracterizada estaria a antijuridicidade do ato (VIEIRA, 2000, p. 234).

Para concluir a questão sobre o papel dos direitos humanos, temos que analisar como se dá a adequação dos transexuais em relação aos aspectos sociais, já que a sociedade é responsável por impor papéis e expectativas de comportamento aos sujeitos. Porém, quando estes não são cumpridos, ou seja, quando os sujeitos não se enquadram nos padrões estabelecidos pela sociedade, acabam sendo vítimas de diversas sanções. E é justamente o que vem ocorrendo com os transexuais, que não aceitam o gênero no qual estão inseridos e buscam uma adequação as suas reais necessidades. Diante disso, são vítimas, principalmente, de sanções morais as quais são impostas por indivíduos ou grupos “[...] enquanto a sanção aplicada pela consciência é de natureza psicológica, geralmente consistindo na privação da liberdade interna, que é produzida por sentimentos de culpa ou de desmerecimento” (SANTOS, F., 1999, p. 180). E o real motivo destas sanções? O simples fato dos transexuais adotarem uma conduta diversa ao padrão comportamental socialmente aceito. E o que tem de errado em não seguir esses padrões? Nada.



Nessa perspectiva, não pode-se deixar de lado um setor da sociedade que muito dificulta as discussões acerca da diversidade de gênero que é o da religião, onde debater sobre o transexualismo ainda é um tabu. Entretanto, alguns avanços já começam a ser verificados. Passe-se aos exemplos. “Em janeiro deste ano, Francisco recebeu no Vaticano transexual Diego Neria Lejarraga, de 48 anos, junto com sua namorada” (PORTAL FÓRUM, 2015). Outro é o fato de o Papa Francisco ter recebido, pela primeira vez, um grupo de 49 LGBTs – vindos dos EUA e acompanhados pela irmã Jeanine Gramick –, na audiência semanal do Vaticano. Assim, tem-se que “num simples ato de receber um grupo de [...] gays e lésbicas no Vaticano [...] conduziu a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros – LGBT para além do penhasco histórico que os separa da Igreja” (JUNGES, SANTOS, 2015, p. 66).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, fica clara a importância dos direitos humanos nas questões relacionadas ao gênero, de modo a buscar uma igualdade para as minorias vítimas do tensionamento das questões indenitárias. Ao passo que, o surgimento destas novas identidades culturais precisa de uma atenção especial para que não surjam novos conflitos baseados em preconceitos mal concebidos.

Neste viés acautelatório é que se faz muito importante a noção sobre os reais conceitos dos direitos humanos, de gênero e de igualdade, ou seja, é preciso primeiro compreendê-los, para que em um segundo momento seja possível fazer uso destes para proteger as minorias vitimadas pelos preconceitos. E um exemplo claro dessas situações ocorre com os transexuais, que diariamente são ridicularizados, e até mesmo agredidos, em razão de suas “escolhas” de gênero.

Sem falar que o preconceito sofrido pelos transexuais é algo totalmente intolerável, pois ser transexual significa apenas que o sujeito não aceita seu sexo biológico e que deseja adequar este ao seu sexo psicológico, ou seja, não significa ser anormal. E se fosse? Qual o problema em ser diferente? Na verdade, não existe nada de errado nisso, e a sociedade (como um todo) precisa entender todo esse processo e apoiar os indivíduos que se sentem como minorias, pois, como nos diz nossa Carta Magna, todos são iguais perante a lei (inclusive os transexuais), ou ao menos deveriam ser.

Por conseguinte, têm-se que os direitos humanos desempenham um papel muito importante na integração dos transexuais, viabilizando uma oportunidade para estes se sentirem iguais, tendo em vista que em nosso Estado de Direito prezamos por um tratamento isonômico para todos os seres humanos, independentemente de qualquer consideração de gênero e que nossa Carta Magna coloca a dignidade da pessoa humana como um preceito a ser seguido em toda e qualquer relação, pois esta é uma condição intrínseca inerente a qualquer sujeito de direito. Entretanto, efetivar este direito fundamental à igualdade ainda é uma questão a ser enfrentada, inclusive em sociedades onde o preconceito em face do transexualismo ainda impera, como



é caso do Brasil e de vários outros países do mundo. Assim, buscamos por uma solução efetiva com o fim de compreender o real sentimento dos sujeitos que nasceram em um gênero que não lhes pertence.

## REFERÊNCIAS

ARAN, Márcia. **A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero**. Rio de Janeiro: Agora, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>>. Acesso em: 30 mar 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Revista Contemporânea**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 165-182, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/197>>. Acesso em: 27 out. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. DECRETO-LEI N.º 5.452/1943. Brasília: Diário Oficial da União, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 25 de Out 2015.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 12/2015**. CNDC/LGBT. Brasília: SHD, 2015. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>>. Acesso em 27 de Out 2015.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Portal TV Justiça. Brasília. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em 08 de Out 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1482/97. Brasília: Diário Oficial da União 1997.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 1652/2002. Brasília: Diário Oficial da União 2002. Disponível em:



<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm)>. Acesso em 15 Out 2015.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 1.955/10. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm)>. Acesso em: 15 Out 2015.

CRUZ, Rodrigo Chandohá. **O reconhecimento do transexual pelo ordenamento jurídico brasileiro.** Monografia (Graduação) – UNIVALI, Graduação em Direito, 2009. Orientador: Professora MSc. Andrietta Kretz Viviani. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Rodrigo%20Chandoha%20da%20Cruz.pdf>>. Acesso em 30 de Mar. de 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990.

G1. **Enem 2015: transexuais podem pedir para usar nome social até esta sexta.** São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/enem/2015/noticia/2015/06/enem-2015-transexuais-podem-pedir-para-usar-nome-social-ate-esta-sexta.html>>. Acesso em: 27 out. 2015.

G1. **Inscrição para Exame da OAB vai aceitar nome social e véu islâmico.** São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/oab/noticia/2015/06/inscricao-para-exame-da-oab-vai-aceitar-nome-social-e-veu-muculmano.html>>. Acesso em: 27 out 2015.

G1. **Nº de transexuais que usarão nome social no Enem cresce 172%, diz Inep.** São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/enem/2015/noticia/2015/10/n-de-transexuais-que-usarao-nome-social-no-enem-cresce-172-diz-inep.html>>. Acesso em: 27 out 2015.

HOGEMANN, Edna Raquel; CARVALHO, Marcelle Saraiva de. **O biodireito de mudar: transexualismo e o direito ao verdadeiro eu.** Âmbito Jurídico, 2015. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9668](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9668)>. Acesso em: 30 mar de 2015.

JUNGUES, Márcia; SANTOS, João Vitor. LGBT. Esperança de mudança na acolhida e no ensino da Igreja. **IHU**, São Leopoldo, n. 463, v. 1, p. 66-70, abr. 2015.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. Aspectos Jurídicos do Transexualismo. **RFDUSP**, São Paulo, p. 197-241, 1995. Disponível em:



<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Fj4O2lcUaf0J:www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67295/69905+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 25 de out 2015.

PFaffenSeller, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Brasília, n. 85, v. 9, p. 92-107, jun./jul 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_85/artigos/MichelliPfaffenSelle\\_r\\_rev85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/MichelliPfaffenSelle_r_rev85.htm)>. Acesso em: 08 out 2015.

PORTAL BRASIL. **Cirurgias de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008**. Brasília: Portal Brasil, 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>>. Acesso em: 27 out. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação nº 70056132376, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luis Dall'Agnol, Julgado em 13/11/2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=transexuais+dignidade+peessoa+humana&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70056132376&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=transexuais+dignidade+peessoa+humana&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70056132376&as_q=#main_res_juris)> . Acesso em: 06 nov. 2015.

RODRIGUES, Luiz. **Zygmunt Bauman Sobre Judith – Sexo vs. Gênero: O Homo**. Rio Grande do Norte: Blog A Critica, dez. 2013. Disponível em: <<http://blogacritica.blogspot.com.br/2013/12/zygmunt-bauman-sobre-judith-butler-sexo.html>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. Transexualismo. **Revista Do Caap**, Minas Gerais, v. 4, n. 7, 1999, ps. 163-199. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/view/165/164>>. Acesso em: 25 out 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 669-704, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2 ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.



SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SCHEIBE, Elisa. **Direitos da personalidade e transexualidade:** a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação (Mestrado), UNISINOS, 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ElisaScheibeDireito.pdf>> Acesso em: 30 mar. 2015.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS: TUTELA JURÍDICA AO DIREITO À IDENTIDADE. **Cesumar**. Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>>. Acesso em: 14 out 2015.

VENTURA, Miriam; SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 65-93, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312009000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100005)>. Acesso em 30 de Mar. de 2015>.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de Sexo do Transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos. **Revista Psicologia – Teoria e Prática**: São Paulo, v. 2, n. 2, 2000, p. 88-102. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1113/822>>. Acesso em: 09 mar 2015.

\_\_\_\_\_. Mudança de Sexo: Aspectos Médicos, Psicológicos e Jurídicos. **Akrópolis**, Paraná, v. 6, n. 21, p. 3-8, 1998. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/akropolis/article/view/1713>>. Acesso em: 30 mar. de 2015.

ZAMBRANO; E. **Trocando os Documentos:** um Estudo Antropológico sobre a Cirurgia de Troca de Sexo. Dissertação (mestrado). UFRGS, 2003. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3693/000403116.pdf?sequence>>. Acesso em 30 Mar. de 2015.



## **DIREITOS HUMANOS E GÊNERO: EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA IDEIA DE IGUALDADE EM RELAÇÃO AO TRANSEXUAL**

*Kaoanne Wolf Krawczak<sup>1</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho apresenta um estudo sobre os direitos dos transexuais, que diariamente são violados e desrespeitados pelos sujeitos que seguem fielmente os padrões de conduta considerados “normais” em um determinado contexto social. Diante disso, busca-se, em especial, o papel dos direitos humanos em relação à efetivação imediata e a integração dos transexuais, que a todo o momento são vulgarizados/vulnerabilizados simplesmente porque são diferentes. Pretende-se buscar uma resposta eficiente e adequada para este problema de gênero enfrentado diariamente pelos transexuais que se encontram “inseridos” em uma sociedade marcada por preconceitos. Assim, compreende-se que é necessário refletir sobre o real sentimento que estas pessoas, que nasceram no gênero errado (se é que existe mesmo um gênero certo?) e que não tiveram o direito de escolher pelo gênero que melhor se adapta às suas reais necessidades.

Dentro desse contexto de conflitos identitários e de tensionamentos nas questões do gênero, buscou-se entender como esse processo todo ocorre e como os direitos humanos podem desempenhar um papel relevante na efetivação dos direitos dos transexuais. Assim, em um primeiro momento, serão focados os conceitos de direitos humanos, gênero e igualdade, de forma a facilitar a compreensão acerca do tema. Dando seguimento, no último tópico será tratado do tema principal deste trabalho: os direitos humanos e os tensionamentos na questão do gênero, focando exclusivamente as problemáticas indenitárias dos transexuais e, conseqüentemente, o papel que os direitos humanos assumem na busca pela efetivação do direito à igualdade.

Como hipótese provisória, tem-se que os direitos humanos desempenham um papel muito importante na integração dos transexuais, viabilizando uma oportunidade para estes se sentirem iguais, tendo em vista que em um Estado de Direito preza-se por um tratamento isonômico para todos os seres humanos, independentemente de qualquer consideração de gênero e que nossa Carta Magna coloca a dignidade da pessoa humana como um preceito a ser seguido em toda e qualquer relação, pois esta é uma condição intrínseca inerente a qualquer sujeito de direito. Entretanto, efetivar este direito fundamental à igualdade ainda é uma questão a ser enfrentada, inclusive em sociedades nas quais o preconceito em face dos transexuais ainda impera, como é o caso do Brasil (e de vários outros países do mundo). Assim, busca-se por uma solução efetiva com a finalidade de compreender o real sentimento dos sujeitos que nasceram em um gênero que não lhes pertence.





## 1 DIREITOS HUMANOS, GÊNERO E IGUALDADE: ESTABELECENDO ALGUNS CONCEITOS

A relação entre os sujeitos e o poder político é uma referência quando falamos em proteção dos direitos do homem (da parte do Estado). De modo que o processo de positivação do Estado é responsável por dar abrangência e limites aos direitos humanos, ou seja, só há direitos humanos nos limites do Direito positivo e da racionalidade estatal nacionalista “pois tudo aquilo que não for jurídico não importa para a definição do que sejam os direitos do homem e todo aquele que não é cidadão nacional é [...] um diferente para o Estado e [...] diferente para os demais” (LUCAS, 2010, p. 102).

Entretanto, Agambem (2015, p. 27), citando Arendt, critica essa concepção sobre os direitos do homem. Nesse sentido, tem-se que

“a concepção dos direitos do homem”, escreve Arendt, “baseada na existência suposta de um ser humano como tal, arruína-se não só frente àqueles que a professavam e que se encontraram pela primeira vez diante de homens que perderam verdadeiramente qualquer outra qualidade e relação específica – exceto o puro fato de serem humanos”. No sistema do Estado-nação, os assim chamados direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de toda tutela no próprio momento em que não é mais possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Isso está implícito, se refletirmos bem, na ambiguidade do próprio título da Declaração de 1789: *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, no qual não está claro se os dois termos nomeiam duas realidades distintas ou se fornecem, ao contrário, uma *hendíadis*, na qual o primeiro termo já está, na verdade, sempre contido no segundo (grifo do autor).

Assim, temos que “a expressão direitos humanos é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e participar” (DALLARI, 2008, p. 12) de forma plena da vida. De modo que a totalidade dos seres humanos necessita e deve ter asseguradas condições mínimas e necessárias para que possam se tornar úteis à humanidade, recebendo também os benefícios que podem ser proporcionados pela sociedade. A “esse conjunto de condições e de possibilidades [...] associada as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social” (DALLARI, 2008, ps. 12 e 13), é que damos o nome de direitos humanos.

Por sua vez, o Estado-nação se constituiu num modelo de modernização social, de tal forma eficiente, pois conseguiu unir burocracia e capitalismo no mesmo “barco”. Toda esta burocracia, somada à industrialização crescente e ao movimento social, obrigou os indivíduos a se comunicarem “para além de suas localidades e de suas heranças culturais específicas” (LUCAS, 2010, p. 102). De modo que este crescimento econômico resultou na desintegração da



população e no reconhecimento jurídico do indivíduo, com direitos e deveres perante o Estado, levando a inclusão destes ao status de cidadãos. Dando origem, assim, a uma comunidade democrática baseada num direito comum. Dito de outra forma, a expansão da modernidade fez com que a comunidade política se aproximasse da comunidade de cultura, permitindo a “convergência entre Estado e nação e a constituição das identidades nacionais” (LUCAS, 2010, p. 103).

Diante de tantas mudanças nos padrões existenciais, muitos conceitos precisam ser reconstruídos, assim também deve ocorrer com os direitos humanos que, nas palavras de Piovesan (2006, p. 8), nesse cenário contemporâneo, devem ser conceituados como “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.”

Esta fase de transição para a modernidade modificou as tradicionais formas de comunidade e identidade, as quais sofreram uma profunda homogeneização social e cultural. Nessa sociedade de grande escala, o nacionalismo se faz necessário para “estabelecer laços sociais entre anônimos” (LUCAS, 2010, p. 103), pois aqui surge uma identidade categórica e objetiva, que busca seu direito de autodeterminação e proteger sua autonomia cultural. Assim, o Estado nacional se torna o local de encontro político e identitário, “capaz de agrupar, sob um mesmo signo de cidadania, os nacionais e suas demandas comuns” (LUCAS, 2010, p. 104).

Como consequência deste Estado-nação nada homogêneo, foram adotadas políticas de purificação étnica, negando reconhecimento as minorias, e por óbvio, as reprimindo, chegando-se, inclusive, a chamá-las de ‘povos inferiores’. Entretanto deve-se salientar que ao referir-se ao termo minorias, está se falando das minorias como um todo, mas que o objetivo central deste trabalho é as minorias dos movimentos sociais. Em razão disso, é importante realçar que há diversos tipos de minorias e compreender seus conceitos.

Nesse sentido, Kymlicka (apud SANTOS, A.; LUCAS, 2015, p. 102) explica que

Há vários tipos de minorias: nacionais, étnicas e movimentos sociais. As primeiras são distintas e autogovernadas potencialmente, incorporadas a um Estado mais amplo. As segundas se formam por migrantes que buscam sua incorporação num sociedade diferente de sua comunidade nacional de origem. Os movimentos sociais dizem respeito a associações, grupos definidos por gênero, sexualidade, condição física ou social, marginalizados dentro de sua própria sociedade nacional ou grupo étnico.

Nas palavras de Gellner, citado por Lucas (2010, p. 105), à medida que a missão nacionalista afirma uma cultura popular, ela cria uma cultura dominante, que apesar de defender as tradições da antiga sociedade e da diversidade cultural, acaba por impulsionar a geração de uma cultura de massa uniformizadora, onde os diferentes não tem vez.



Nessas novas sociedades nada homogêneas a igualdade acaba por ficar só na teoria, ou seja, não é efetivada realmente no dia-a-dia, em razão de atos e circunstâncias de discriminação e desigualdade contra alguns setores da população. Diante disso surge a necessidade de empregar o conceito de Direitos Humanos como tema principal no contexto internacional, chamando a atenção dos governantes para “que cada nação implemente práticas que respeitem a dignidade humana” (GRIESSE, p. 125). Em razão disso,

a conceituação dos Direitos Humanos foi sendo empregada para justificar políticas públicas direcionadas a beneficiar grupos que não desfrutam de condições básicas para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas, que se consideram oprimidos, ou que [...] experimentam situações de alguma forma não qualificadas no âmbito dos direitos universais. O clamor pelos Direitos Humanos [...] levantado por movimentos sociais, vem transformando a forma de se entender seu escopo, indo da reivindicação de direitos gerais e universais da população [...] para se chegar a direitos específicos de grupos minoritários que sofrem discriminações ou abusos que as diferenciam do resto da população (GRIESSE, p. 126).

Entretanto, não há porque não reconhecer direitos para as minorias se autoafirmarem, desde que esse processo de particularização identitária não afronte nem a autonomia individual nem “os direitos humanos universais de cada um dos sujeitos que compõem essa minoria ou dela se diferenciam” (LUCAS, 2010, p. 113). Pois o direito de participar de forma livre de uma cultura e de se identificar com ela é também um direito universal, pois ele protege a diversidade cultural. De modo que,

nas sociedades democráticas [...] tende-se a valorizar os direitos humanos e as tradições constitucionais como elementos centrais da integração política, como geradores de lealdades e obrigações que extrapolam os limites de qualquer tradição cultural específica [...] interpretam os direitos humanos num dado contexto histórico e numa realidade concreta [...] podem ser reclamados pelos sujeitos excluídos que não partilham de um conceito comunitário do que é bom socialmente e para quem a permanência particular significa exclusão, desigualdade, opressão e marginalização (LUCAS, 2010, p. 115).

Assim, com o fortalecimento dessa aliança entre identidade e local, juntamente com o particular, passou-se a questionar sobre a posição que o sujeito ocupa no mundo, em especial, enquanto “homem integrado a um grupo, como homem adjetivado” (LUCAS, 2010, p. 119).

Entretanto, as identidades não nascem com nós, elas “são formadas e transformadas no interior da representação” (HALL, 2006, p. 48 e 49). Assim também Taylor (apud SANTOS, A.; LUCAS, 2015, ps. 108 e 109) conceitua a identidade como “sendo a maneira como uma pessoa se define e pela qual as suas características fundamentais fazem dela um ser humano [...] sendo quem somos, de onde viemos”. Ainda, que “nossa identidade depende, de forma



crucial, de nossas relações dialógicas com os demais” (SANTOS, A.; LUCAS, 2015, p. 109).

Por conseguinte, conforme Lucas (2010, ps. 121 e 122),

a luta pela autonomia e pelo reconhecimento não pode ser aprisionada nos estreitos limites do procedimento jurídico e dos dogmas positivistas cartesianos. A procura responsável pelo direito à dignidade de cada homem é uma atitude que exige, simbolicamente, a conquista de muitos espaços [...] Uma cidadania que se basta na soberania nacional é uma cidadania que não alcança a racionalidade das demandas materiais globais, bem como usurpa da humanidade a possibilidade de enfrentar democraticamente os problemas que afligem o homem em sua condição de exercer de forma livre a sua autonomia por meio da liberdade de decidir.

As mudanças estruturais estão transformando as sociedades, fragmentando as paisagens culturais – de gênero, sexualidade, raça, classe, nacionalidade e etnia; e, mudando as identidades pessoais, com a perda de um ‘sentido de si’, deslocando o sujeito, gerando uma ‘crise de identidade’. Pois como nos diz o estudioso Mercer, citado por Hall (2006, p. 9) “a identidade somente se torna uma questão quando está em crise, quando algo que se supõe como fixo, coerente e estável é deslocado pela experiência da dúvida e da incerteza”.

As mudanças estruturais estão transformando as sociedades, fragmentando as paisagens culturais – de gênero, sexualidade, raça, classe, nacionalidade e etnia; e, mudando as identidades pessoais, com a perda de um ‘sentido de si’, deslocando o sujeito, gerando uma ‘crise de identidade’. Pois como nos diz o estudioso Mercer, citado por Hall (2006, p. 9) “a identidade somente se torna uma questão quando está em crise, quando algo que se supõe como fixo, coerente e estável é deslocado pela experiência da dúvida e da incerteza.”.

Assim, quando a comunidade entra em caos, surge a questão da identidade. Esta está interligada a provocantes e calorosos debates ligados à perspectiva do Estado-nação moderno. Segundo Bauman, diante das inseguranças e incertezas da “modernidade líquida” recoloca-se o problema da identidade em uma esfera de dimensões que exige a renovação dos parâmetros de entendimento até então utilizados, assim, “‘identidade’ é um retrato da vida na contemporaneidade” (BAUMAN, 2005). Contemporaneidade esta, marcada por uma sociedade complexa, como nos diz L. Araújo (2000, p.78), com

uma multiplicidade de situações, valores característicos, que não podem ser desprezados sob a verdade de um consenso majoritário. A maioria, ou os valores da maioria, devem servir de base para a elaboração do regramento jurídico de qualquer meio social. No entanto, tais valores não podem ser suficientes para eliminar as formas de vivência das minorias [...] Seja qual foi o prisma sob o qual se enfoque a questão, encontraremos uma minoria com opinião preponderante e uma minoria, que deve ser reconhecida, e, desde



que não atente contra a ordem ou contra os valores escolhidos pela sociedade, deve ser ouvida como forma de alternatividade dos valores escolhidos. A democracia é confirmada na valorização da maioria, sem o desprezo da minoria. Quando falamos em Estado Democrático, falamos da vontade majoritária, mas não da ditadura da minoria.

Esta modernidade líquida encoraja os sujeitos a buscar mudanças, para que estes encontrem seus próprios níveis, e depois busquem alcançar um nível mais alto e/ou mais adequado para viver. Neste período de transformações, de vida líquida, os direitos humanos são tidos como medida, regra e até padrão para guiar e regular as condutas. Assim, quer-se resgatar antigas reivindicações não atendidas, formular outras demandas, reconhecer e garantir direitos a todos. Entretanto, todo esse apelo aos direitos humanos tem reforçado as linhas divisórias e acumulando diferenças entre os indivíduos.

De forma que, as sociedades, da chamada modernidade tardia, são caracterizadas pela 'diferença', com variadas posições de sujeito, ou seja, diferentes identidades para os indivíduos. Entretanto, elas não se desintegram porque os diferentes elementos e identidades podem ser conjuntamente articulados, porém, apenas de forma parcial, pois a "estrutura da identidade permanece aberta" (HALL, 2006, p. 17). Deve-se ter em mente que todo esse deslocamento é positivo, porque desarticula identidades, tidas no passado como estáveis, e abre a possibilidade de se criarem novas articulações. Assim, tem-se que todas essas transformações, juntamente com a modernidade, libertaram os indivíduos das amarras da tradição e das estruturas.

Esta mudança na modernidade tardia tem um caráter específico, pois esse processo de mudança é conhecido como 'globalização', causando impactos sobre a identidade cultural. Dessa forma, é possível definir as sociedades modernas como sociedades de mudança rápida, constante e permanente, e, é justamente isso que as diferenciam das sociedades tradicionais, nas quais o passado e os símbolos perpetuam a experiência de gerações, através de práticas recorrentes. Esta modernidade em contraste é uma forma reflexiva de vida, onde as práticas sociais são recorrentemente examinadas e reformadas, alterando seu caráter, através das informações recebidas (decorrentes das próprias práticas).

Quanto ao impacto que a globalização tem sobre a identidade, o tempo e o espaço são as coordenadas básicas dos sistemas de representações. "Estes meios de representação devem traduzir seu objeto tanto em dimensões espaciais como em dimensões temporais. Diferentes épocas culturais têm diferentes formas de combinar essas coordenadas espaço tempo" (HALL, 2006, p. 70). Assim, a moldagem e a remoldagem de relações no espaço-tempo causam profundos efeitos sobre a forma como as identidades são representadas e localizadas. Sendo elas, todas, localizadas no espaço e tempo simbólicos, com "geografias imaginárias", como diz Said, citado por Hall (2006, p. 71).

Os teóricos culturais argumentam que a maior interdependência global tem levado as identidades culturais fortes ao colapso, produzindo uma



fragmentação de códigos culturais, multiplicidade de estilos, a “ênfase no efêmero, no flutuante e na diferença e no pluralismo cultural [...] em escala global” (HALL, 2006, p. 74) que se chama de pós-moderno global. “Os fluxos culturais, entre as nações, e o consumismo global criam possibilidades de ‘identidades partilhadas’ [...] entre pessoas que estão bastante distantes umas das outras no espaço e no tempo” (HALL, 2006, p. 74). Pois quanto mais expostas a influências externas, mais as culturas nacionais tornam-se enfraquecidas, sendo difícil conservar as identidades culturais intactas diante de tanto bombardeamento cultural.

Em contraponto, há uma sociedade na qual problemas de ordem global proliferam-se levando a uma invasão sobre os limites territoriais do Estado-nação, afetando “o homem independentemente de seus vínculos de pertença” (LUCAS, 2010, p. 21), ou seja, o distanciamento entre culturas e entre as nações forçará e/ou impedirá a formação de diálogos, tais quais são de suma importância para a constituição de uma política comum de responsabilidades, também dificultando a definição que respeite a universalidade dos direitos humanos. Tais direitos, são tidos “como patrimônio comum da humanidade, como limite ético para se promover o diálogo intercultural” (LUCAS, 2010, p. 23). Os direitos humanos são defendidos “como referência para o diálogo entre as diferentes culturas, como forma de superação das fissuras interindividuais e intercomunitárias, por meio da eleição de valores comuns e universalmente aceitáveis” (LUCAS, 2010, p. 24).

Todavia, não se deve ignorar a importância do Estado-nação na formação de uma identidade cultural e no desenvolvimento do homem – portador de direitos. Desta forma, o ente político estatal necessita se adequar as questões universais. Assim, é preciso “fortalecer a ideia de uma cidadania pós-nacional, qualificada [...] que seja vasta o suficiente para abranger assuntos mais amplos de interesse supranacional” (LUCAS, 2010, p. 26). Entretanto, ainda hoje, ela não passa de um projeto em andamento. E “as pessoas em busca de identidade se vêem invariavelmente diante da tarefa intimidadora de ‘alcançar o impossível’” (BAUMAN, 2005, p. 16). Pois a ‘identidade’ é algo a ser inventado, como uma coisa a ser construída do zero – mesmo que para isso devamos esconder a verdade sobre a condição precária e inconclusa da identidade. Mas esconder essa verdade está cada dia mais difícil, é preciso revelar a fragilidade e a condição provisória dela.

De modo que a cultura nacional é constituída por “uma ‘comunidade imaginada’: as memórias do passado; o desejo por viver em conjunto; a perpetuação da herança” (HALL, 2006, p. 58). As identidades nacionais oferecem “a condição de membro do estado-nação político” e “uma identificação com a cultura nacional”, tornando “a cultura e a esfera política congruentes e fazer com que ‘culturas razoavelmente homogêneas, tenham, cada uma, seu próprio teto político’”. Esse é o tal impulso por unificação de Gellner, citado por Hall (2006, ps. 58 e 59), que existe nas culturas nacionais.

Assim, Bauman (2003, p. 21) explica que “‘identidade’ significa aparecer: ser diferente e, por essa diferença, singular”, mas esta identidade vem sendo construída de forma tão precária e vulnerável que os sujeitos estão



escondendo-se em comunidades-cabide, que proporcionam-lhes uma segurança coletiva contra os males do individualismo. Assim, erguem-se fronteiras a cada esquina, para proteger estas identidades contra intrusos.

Porém, “não importa quão diferentes seus membros possam ser em termos de classe, gênero ou raça, uma cultura nacional busca unificá-los numa identidade cultural, para representá-los todos como pertencendo à mesma e grande família nacional” (HALL, 2006, p. 59). De forma que as culturas nacionais são compostas de símbolos e de representações, sendo ela um discurso onde construímos sentidos que influenciam e organizam tanto nossas ações como nossa concepção de nós mesmos. As culturas nacionais constroem identidades, a partir de sentidos com os quais nos identificamos. Assim, “a identidade nacional é uma ‘comunidade imaginada’” (HALL, 2006, p. 51), que,

[...] não subordinam todas as outras formas de diferença e não estão livres do jogo de poder, de divisões e contradições internas, de lealdades e de diferenças sobrepostas. Assim, quando vamos discutir se as identidades nacionais estão sendo deslocadas, devemos ter em mente a forma pela qual as culturas nacionais contribuem para ‘costurar’ as diferenças numa única identidade (HALL, 2006, p. 65).

Quando a questão é a problemática identitária, impossível não relacioná-la à questão do gênero. Nas palavras de Connel (apud SENKEVICS, 2012), o gênero pode ser conceituado como “a estrutura das relações sociais que se centra na arena reprodutiva [...] e [...] configuração de práticas que trazem as distinções reprodutivas entre os corpos para os processos sociais”. Assim, “definindo gênero, pode-se que se refere às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres que são o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir das diferenças sexuais” (SANTANA e BENEVENTO, 2013).

Mas, a problemática de gênero ganhou destaque através dos estudos realizados por teóricas do feminismo, que buscam, através de parâmetros científicos, tanto compreender como responder, como esta situação desigual entre os sexos se opera na nossa realidade, de modo a interferir no conjunto das relações sociais. Nesse sentido,

Bauman assevera que “segundo as teóricas mulheres que hoje marcam o ritmo do discurso sobre os gêneros, tanto o sexo como o gênero estão inteiramente determinados pela cultura, carecem de toda natureza natural e são, portanto, alteráveis, transitórios e suscetíveis de serem subvertidos” (RODRIGUES, C., 2005).

Assim, analisando o conceito de gênero, pode-se compreendê-lo como “a desnaturalização do sexo, principalmente em relação às características biológicas de cada indivíduo, o que vem a delimitar o poder entre os sexos” (SANTANA; BENEVENTO, 2013). Nesse sentido, buscar um conceito para o



gênero é importante para que se possa distinguir e descrever as categorias sociais e as relações estabelecidas entre elas.

Nas palavras de Butler (2003),

o gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado [...] tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos [...] é a estilização repetida do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida, a qual se cristaliza no tempo para produzir a aparência de uma substância, de uma classe natural de ser.

Dando seguimento, no estudo sobre a era das desigualdades, Fitoussi e Rosanvallon (apud BAUMAN, 2003, p. 26) debatem sobre o individualismo moderno, capaz de emancipar os indivíduos através do estímulo a autonomia, e de transformá-los em portadores de direitos. A individualização gera muita insegurança, pois ela deixa de lado os valores humanos, e derrama sobre os sujeitos a responsabilidade pelo futuro. Assim, para se ter liberdade, é preciso abrir mão da segurança. Porém, aos grandes e poderosos, essa troca não parece necessária, pois para eles a liberdade é a melhor forma de se garantir segurança, porque enquanto as coisas seguirem de forma obediente o caminho que escolherem a liberdade não oferecerá riscos. “Afim, a liberdade é a capacidade de fazer com que as coisas sejam realizadas como queremos, sem que ninguém seja capaz de resistir ao resultado, e muito menos desfazê-lo” (BAUMAN, 2003, p. 26).

Entretanto, os direitos humanos, destinados ao gozo em separado, só podem ser obtidos e garantidos através de uma luta coletiva. Por isso é preciso cautela ao traçar as fronteiras, pois, para se tornar um direito, a diferença deste grupo de indivíduos precisa ser determinada e numerosa, para que receba a consideração e atenção necessárias. Na prática, apenas alguns indivíduos vem sendo considerados portadores destas diferenças reivindicadas, o que significa que os direitos humanos não se alcançam a todos. Assim, são quase que direitos individuais, se é que não o são. Bem, a luta por estes direitos, como já foi dito, só pode ser construída em comunidade, uma comunidade de diferentes, na qual ser e permanecer diferente é um ‘direito’ que deve ser preservado e protegido, pois o princípio dos direitos humanos é “um catalisador que estimula a produção e perpetuação da diferença, e os esforços para construir uma comunidade em torno dela” (BAUMAN, 2003, p. 71).

Pode-se enfatizar que os direitos humanos, enquanto mínimo ético universal, atuam como limite para as diferenças que compõem o cenário da diversidade cultural. “No lugar da diferença denegatória e da universalidade homogeneizadora, é defendida uma universalidade moderada, centrada no diálogo intercultural com base nos direitos humanos.” (LUCAS, 2010, p. 28). Desta forma, Fraser, citada por Bauman (2003, p. 71), afirma que, a justiça hoje, tem que buscar a redistribuição e o reconhecimento de direitos. Assim,





as demandas por redistribuição feitas em nome da igualdade são veículos de integração, enquanto que as demandas por reconhecimento em meros termos de distinção cultural promovem a divisão, a separação e acabam na interrupção do diálogo (BAUMAN, 2003, p. 72).

Por conseguinte, fica clara a importância dos direitos humanos nas questões relacionadas ao gênero, de modo a buscar uma igualdade para as minorias vítimas do tensionamento das questões identitárias. Ao passo que, o surgimento destas novas identidades culturais precisa de uma atenção especial para que não surjam novos conflitos baseados em preconceitos mal concebidos. Neste viés acautelatório é que se faz muito importante a noção sobre os reais conceitos dos direitos humanos, de gênero e de igualdade, ou seja, é preciso primeiro compreendê-los, para que em um segundo momento seja possível fazer uso destes para proteger as minorias vitimadas pelos preconceitos. E um exemplo claro dessas situações ocorre com os transexuais, que diariamente são ridicularizados, e até mesmo agredidos, em razão de suas “escolhas” de gênero (assunto este, que será abordado com mais precisão no próximo tópico).

## 2 O TRANSEXUAL E O TENSIONAMENTO DA QUESTÃO DE GÊNERO

A era moderna teve como resultado o surgimento de um individualismo novo e decisivo, no qual o sujeito – enquanto indivíduo, e sua identidade foram colocados no centro das principais discussões, conforme nos explica Hall (2006, p. 25). Ao passo que nos tempos pré-modernos a individualidade era tida de forma diferenciada, tanto na sua vivência como na sua concepção. Assim, temos que as transformações e a modernidade libertaram os indivíduos das amarras da tradição e das estruturas. Porque antes a posição, além do status e da classificação, da pessoa no mundo do ‘ser’ era predominante, em relação ao sentimento de ser o ‘indivíduo soberano’. Porque é justamente o nascimento desse ‘indivíduo soberano’ que marcou a ruptura com o passado, ou melhor, como dizem os estudiosos, “ele foi o motor que colocou todo o sistema social ‘da modernidade’ em movimento” (HALL, 2006, p. 25).

Nesta perspectiva, o sujeito individual, na visão de Raymond Williams, apud Hall (2006, p. 25), possui dois significados: de um lado, ele é indivisível, unificado em seu interior; de outro lado, ele é singular, distintivo e único. E sendo ele um ser racional, na visão de Locke, citado por Hall (2006, p. 26), ele possui uma única identidade contínua, que sempre permaneceria, de modo que

a identidade da pessoa alcança a exata extensão em que sua consciência pode ir para trás, para qualquer ação ou pensamento passado [...] o ‘indivíduo soberano’ [...] era o ‘sujeito’ da modernidade em dois sentidos: a origem ou ‘sujeito’ da razão, do conhecimento e da prática; e aquele [...] que estava sujeitado a elas (a essas práticas) (HALL, 2006, p. 27 e 28).



Com o surgimento deste Estado moderno, o poder político passou a ser limitado pela soberania popular, manifestada através da legislação. De forma que, os vínculos do cidadão para com o poder estatal são de natureza jurídica, ou seja, um vínculo de cidadania, o qual garante direitos aos indivíduos. Assim, essa relação entre os sujeitos e poder político é uma referência quando falamos em proteção dos direitos do homem (da parte do Estado). Sendo o processo de positivação do Estado, responsável dar abrangência e limites aos direitos humanos, ou seja, só há direitos humanos nos limites do Direito positivo e da racionalidade estatal nacionalista “pois tudo aquilo que não for jurídico não importa para a definição do que sejam os direitos do homem e todo aquele que não é cidadão nacional é [...] um diferente para o Estado e [...] diferente para os demais” (LUCAS, 2010, p. 102).

Neste viés, a modernidade líquida e suas promessas de justiça social acarretaram em uma conjugação da justiça distributiva com a política do reconhecimento, mas, como sabemos na prática isso não funcionou, portanto, hoje já não se pode mais erradicar de todo a miséria humana, nem garantir aos indivíduos uma vida sem conflitos ou sofrimentos. Contudo, para se construir uma sociedade boa, nessa era diluída, é preciso que todos os sujeitos tenham as mesmas oportunidades, portanto, é preciso que todo e qualquer impedimento para alcançar essa equidade social seja removido. Permitindo a criação de uma sociedade justa, onde, “nenhuma injustiça ou privação será esquecida, posta de lado ou de qualquer forma impedida de assumir sua correta posição na longa linha de ‘problemas’ que clamam por solução” (BAUMAN, 2003, p. 74).

Portanto, não pode-se mais aceitar a tese nacionalista, que sugeriu “uma comunidade étnica natural, que exalta determinados traços identitários como ideologia única.” (LUCAS, 2010, p. 105). Pelo contrário, é preciso erradicar qualquer forma de discriminação, inclusive e principalmente, no campo do gênero, tido por Butler (2015), como “a contínua estilização do corpo, um conjunto de atos repetidos, no interior de um quadro regulatório altamente rígido, que se cristaliza ao longo do tempo para produzir a aparência de uma substância, a aparência de uma maneira natural de ser”. De modo que, a nossa identidade de gênero não é definida por algo que somos, mas por aquilo que fazemos, pois o “gênero é efeito de discursos [...] é performativo” (BUTLER, 2015).

Nesta perspectiva, toda vez que for levantado o debate sobre reconhecimento de direitos, significa que um grupo de pessoas está sendo privado deles, e não entende o porquê desta privação. E é justamente o que vem ocorrendo com os transexuais, que a todo instante vivenciam situações de desrespeito a seus direitos fundamentais, simplesmente porque sua condição natural os faz buscar e pertencer a um gênero que melhor se adapte às suas reais necessidades.

Nesse sentido tem-se que, conforme dados registrados em um relatório de 2012 pela Secretaria Federal de Direitos Humanos sobre a violência contra as pessoas LGBT no Brasil (GLOBAL RIGHTS, 2011, p. 9), apesar de as



mulheres trans representarem cerca de 10% da população total de LGBTs no Brasil, elas foram responsáveis por uma desproporcional 50,5% dos cerca de 300 assassinatos de pessoas LGBT. Outro dado relevante é o fato de que 52% das vítimas eram de pele negra ou marrom. Assim também, um relatório anual do Grupo Gay da Bahia (Grupo Gay da Bahia-GGB), uma organização nacional dedicada a combater a violência contra LGBT brasileiros, afirmou que houve um aumento de 21% em assassinatos de pessoas LGBTs entre 2011 e 2012, elevando o número total de vítimas de 266 para 338.

Outro dado que choca é o fato de que, quando os transexuais são mulheres e negras, a violência só piora, fato este que pode ser comprovado a partir de um trecho retirado do Report on the Human Rights Situation of Afro-Brazilian Trans Women. Assim segue.

And when she is black, it's worse! It is worse when she is black. She gets really badly beaten up, and they hit her silicone implants, to puncture them. One time there were some thugs that would put nails in sticks, to hit them, with the nails, which was to puncture, to drain the silicone implants. They were from the military. Yeah, it affects the black trans women more, it affects the blacks more. And they ban them from the streets more than they do the white trans women. They hit them more because they are black. In addition to being transvestites—they are still—in addition to being black, they are faggots. Beyond just being black, they are faggots (GLOBAL RIGHTS, 2013, p. 11).

Ao passo que, conforme dados da ONG internacional Transgender Europe (BENTO, 2015, p. 31), “o Brasil é o país onde mais ocorrem assassinatos de [...] transexuais [...] De janeiro de 2008 a abril de 2013, foram 486 mortes [...] Em 2013, foram 121 casos de [...] transexuais assassinados em todo o Brasil. Esses dados estão subestimados”. Ainda, segundo relatórios desta mesma ONG, 1731 pessoas trans foram mortas entre 2008 e 2015, destes 1350 assassinatos aconteceram na América Latina, dos quais 689 foram no Brasil, assim, com base nas palavras de Loureiro e Vieira (2015, p. 49), concluí-se que “o Brasil é o país mais violento para pessoas trans”.

Além disso, para melhor exemplificar como ocorre a discriminação dos transexuais, seguem dados da Fundação Americana para Prevenção de Suicídio e do Instituto Williams (Ucla) de “como é a discriminação das pessoas trans nos EUA, onde há pesquisa sobre o tema” (LOUREIRO; VIEIRA, 2015, p. 49). Assim, temos que: 70% sofreram violência física ou sexual da polícia; 57% foram rejeitados ou abandonados pela família; 69% já ficaram desabrigados; 45% das pessoas trans tentaram o suicídio antes de completar 24 anos; entre 0,25% e 1% da população norte-americana se declara transgênera; e que, 3 (três) em cada 4 (quatro) transgêneros sofrem abuso sexual na escola.

Quanto a um conceito sobre transexualismo, não há divergências doutrinárias. De modo que, Diniz, citada por, L. Araújo (2000, p.28), define o transexual como



1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto [...] sendo, portanto, um hermafrodita psíquico [...] 2. Aquele que, apesar de apresentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo [...] 3. [...] é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los [...]

Já na conceituação de Vieira (2000),

o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia.

Ainda, Klabin (apud ARAÚJO, L., 2000, p. 29), concebe o transexual como

um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao 'verdadeiro' sexo, isto é, ao seu sexo psicológico.

A partir destas conceituações pode-se observar que estes sujeitos que apresentam uma "incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica" (SUTEER apud ARAÚJO, 2000, p. 29), ao apresentarem estas duas características juntas, é que são definidos pela sociedade como pertencedores do transexualismo. Assim, tem-se que

o componente psicológico do transexual caracterizado pela convicção íntima do indivíduo de pertencer a um determinado sexo se encontra em completa discordância com os demais componentes, de ordem física, que designaram seu sexo no momento do nascimento (VIEIRA, 2000).

Temos também que, essa falta de identificação acaba causando nos indivíduos um "processo angustioso, conflitivo e delicado" (ARAÚJO, L., 2010, p. 32), o gera um sofrimento intenso, pois os transexuais vivem "o conflito de possuir uma genitália estranha às suas sensações, desejos e fantasias" (ARAÚJO, L., 2010, p. 55). E tudo isso, simplesmente, porque eles desejam pertencer a outro gênero, que possa melhor lhes representar e porque toda essa fase de escolha não é bem compreendida pela sociedade que os rodeia.

Quanto à questão da escolha por um gênero mais adequado, explica Butler (2009) que,

embora se possa dizer que isso é uma escolha [...] de caráter dramático e profundo [...] pode incluir um ou vários dos seguintes aspectos: a escolha de viver como outro gênero, passar por um tratamento hormonal, achar e declarar um novo nome, assegurar um novo estatuto jurídico para o seu gênero e submeter-se à cirurgia.



Entretanto, há uma tensão quando entram em debate pessoas que tentam obter legitimação jurídica e assistência financeira e aquelas que buscam fundamentar a prática da transexualidade na noção de autonomia. Pois, “de fato, podemos argumentar que ninguém alcança a autonomia sem a assistência e o suporte de uma comunidade, em especial quando se está fazendo uma escolha corajosa e difícil como é a escolha pela transição” (BUTLER, 2009). E, como afirma Bento (2006),

[...] quando se diz “transexual”, não se está descrevendo uma situação, mas produzindo um efeito sobre os conflitos do sujeito que não encontra no mundo nenhuma categoria classificatória e, a partir daí, buscará 'comportar-se como 'transexual'. O saber médico, ao dizer 'transexual' está citando uma concepção muito específica do que seja um/a transexual. Esse saber médico apaga a legitimidade da pluralidade, uma vez que põe em funcionamento um conjunto de regras consubstanciado nos protocolos, que visa a encontrar o/a 'verdadeiro/a transexual'. O ato de nomear o sujeito transexual implica pressuposições e suposições sobre os atos apropriados e não-apropriados que os/as transexuais devem atualizar em suas práticas.

E acima de tudo, é preciso ainda entender que o simples fato de alguém não se identificar com o seu gênero de origem não tem nada a ver com um transtorno de qualquer ordem, como afirmam alguns, nas palavras de Butler (2009), “pesquisadores com propósitos homofóbicos”. Nesse sentido, quando o assunto é o processo de caracterização do transexualismo, o Conselho Federal de Medicina assevera que essa não identificação com o sexo psicológico não pode ser confundido com uma anomalia, pois apresenta traços específicos, de caráter contínuo e permanente. E é justamente por este motivo que a cirurgia de redesignação de sexo é considerada como “correta, válida e necessária” (ARAÚJO, L., 2000, p. 35).

É muito importante afirmar que isso não é um transtorno e que, na vida transgênera, há uma ampla variedade de relações complexas, como por exemplo: vestir-se de acordo com o gênero oposto, usar homônimos e recorrer à cirurgia, ou ainda uma combinação de todas essas práticas. Tudo isso pode ou não levar a uma mudança de escolha de objeto (BUTLER, 2009).

Apesar da questão da transexualidade já estar presente em nossa sociedade há muitos anos, tendo um destaque especial nas décadas de 60 e 70 – quando articulou as discussões teóricas com as reivindicações em busca mudança nas práticas que regulam o corpo humano, esse debate sobre o transexualismo só recebeu visibilidade a partir do

[...] surgimento de associações internacionais, que se organizam para produzir um conhecimento voltado à transexualidade e para discutir os mecanismos de construção do diagnóstico diferenciado de gays, lésbicas e travestis, [que ao] mesmo tempo em que se produz



um saber específico, são propostos modelos apropriados para o 'tratamento' (BENTO, 2006).

Quanto à questão central, sobre a definição do gênero, L. Araújo (2000, p. 47) assevera que

a consciência que se tem de ser do gênero masculino ou feminino é [...] adquirida e induzida pelo comportamento e pelas atitudes dos pais, dos familiares e do meio social a que se pertence, além da percepção e interiorização do meio social a que se pertence. Esse processo pode sofrer várias interferências, que podem levar a um sério comprometimento na identificação de gênero. Tais interferências podem ser de várias ordens: desde a psíquica até a social [...] Pode-se afirmar, porém, que não há uma única causa, e sim um conjunto delas, que fazem o indivíduo não ter identificação de gênero que corresponda ao seu sexo biológico [...]

De fato, as interligações entre identidade de gênero e orientação sexual são turvas, mas não se pode ter certeza, apenas com base no gênero de um sujeito, qual identidade ele terá ou quais direções seu desejo irá seguir. Porque ser transexual não significa nada além do que “desejar transpor a barreira entre os sexos.” (COLETTE; CHILAND, 2008). Assim, Butler (2009) nos explica que o pensamento dos sujeitos de que a orientação sexual é definida pela identidade de gênero está equivocado, pois esta, assim como a sexualidade nem sempre tem como referência à prévia identidade de gênero.

Quando transpomos à realidade, o debate sobre a questão de gênero enfrenta diversas resistências, pois o nosso sistema não é capaz de satisfazer necessidades básicas de diversos indivíduos. E quando nos referimos a necessidades específicas dos transexuais a questão só piora, pois nosso sistema social e suas esferas – política, jurídica e econômica, sequer são capazes de atender a totalidade dos sujeitos.

E a necessidade básica do indivíduo é estar integrado consigo mesmo, pois é somente a partir dessa integração que há possibilidade de se inserir de modo harmonioso na sociedade. O indivíduo, para ser (existir com dignidade), tem de ter uma identidade física, mental e moral [...] (ARAÚJO, L., 2000, p. 57 e 58).

Diante desse modelo, que não se basta por si, é preciso buscar uma nova concepção de sistema, que supere o atual problema da não satisfação de necessidades, de forma que o sujeito possa se sentir integrado dignamente no meio em que vive e que sua preocupação maior seja a busca pela felicidade plena. Pois

é de importância vital [...] que o indivíduo viva bem consigo mesmo e, conseqüentemente, com os outros; não ocorrendo isso, não há possibilidade de ser feliz. Felicidade é um sentimento abstrato, mas básico e essencial para qualquer realização. Ser ou estar feliz é perceber-se como pessoa, ser humano, poder criar, amar e contribuir



com o meio em que se vive, integrar-se dentro de seus limites pessoais (ARAÚJO, L., 2000, p. 58).

Assim, é preciso repensar o tratamento dispensado aos transexuais pela sociedade. Pois a cada minuto milhares deles são vítimas de todo tipo de violência (física, psíquica e social), pelo simples fato de que não se identificam com o gênero que lhes foi concedido ao nascer.

Desta forma, o transexualismo não pode mais ser tratado nos dias atuais como um tabu. É preciso ir além, e buscar um tratamento isonômico para estas minorias vítimas de preconceito e de sujeições de um gênero que não lhes pertence. Neste viés, o poder judiciário, auxiliado pelos ditames dos direitos humanos, deve agir como um instrumento que possibilite uma real integração dos transexuais em todos os aspectos por eles vivenciados, erradicando qualquer forma de sofrimento e/ou exclusão. Pois uma das bases do constitucionalismo moderno, assim como um dos preceitos de nossa Carta Magna, prevê que todos são iguais perante a lei, e que toda e qualquer relação jurídica, acima de tudo, deve prezar pela dignidade da pessoa humana.

Entretanto, mudar apenas a forma como o Judiciário compreende o tema não é suficiente, precisamos de uma nova forma política e social de pensar sobre o assunto. De modo que situações de agressão, e até mesmo de morte, de transexuais, como exemplo do caso Verônica Bolina não se repitam.

Depois que vi a foto de Verônica Bolina, fui invadida por uma sensação de tristeza sem nome. Uma mulher negra, com seios expostos, o rosto completamente deformado por agressões de policiais, cabelos cortados, estirada no chão. Essa cena aconteceu dentro de uma delegacia, portanto, eram os operadores das normas legais os responsáveis pelo desejo, encarnado em cada hematoma no corpo de Verônica, de matá-la [...] O corpo de Verônica é um arquivo vivo (BENTO, 2015, p. 30).

O caso de Verônica Bolina repercutiu amplamente nas mídias, comprovando o que todos já sabem: a violência contra as pessoas trans é uma realidade brasileira. E que os maiores responsáveis por grande parte das agressões são os policiais, coformem apontaram diversas pesquisas, pois “é das relações sociais mais difusas que o Estado retira sua legitimidade para matar as pessoas trans” (BENTO, 2015, p. 30). Outro exemplo, dessa discriminação dentro de instituições públicas, é o caso da adolescente transgênera que teve 2 fotos e a ficha de seu alistamento militar postados na web por um cabo que participava do processo.

Uma transexual de 18 anos denunciou ter sido constrangida em um processo de alistamento militar em Osasco, na região metropolitana de São Paulo. A estudante de administração Marianna Lively, de 18 anos, disse que teve fotos dela e de seus documentos pessoais – com seu nome de nascimento e telefone – tiradas e depois vazadas em grupos de WhatsApp por um cabo que participava do processo, no quartel do complexo militar de Quintaúna, no bairro do mesmo nome. O episódio [...] foi registrado em boletim de ocorrência [...]



Foram publicadas três imagens nas redes – duas que mostram a jovem em pé em um pátio do quartel, e a outra do certificado de alistamento militar [...] De acordo com ela, o documento já estava em posse dos servidores do Exército, que precisavam assiná-lo antes de liberá-la (TOLEDO, 2015).

Mas, muito antes de preocupar-se com os setores governamentais, é preciso que ocorra uma mudança no pensamento das próprias famílias a que fazem parte os transexuais, pois os primeiros casos de exclusão ocorrem dentro da própria residência, “quando as famílias descobrem que o filho ou filha está se rebelando contra a ‘natureza’ e que desejam usar roupas e brinquedos que não são apropriados para seu gênero, o caminho encontrado para ‘consertá-lo’ é a violência” (BENTO, 2015, p. 33). E diante dessa não aceitação, acabam por fugir de casa e, (in)felizmente encontrando na prostituição um espaço para convívio social e sobrevivência financeira. E isso tudo, normalmente ocorre entre os 13 e os 16 anos.

Outro setor da sociedade que muito dificulta as discussões acerca da diversidade de gênero é o da religião. Sim, vivemos em um Estado Laico. Mas “a religião é um dado da cultura [...] O sonho – ou delírio – de um mundo ‘sem religião’ [...] contradiz a própria ideia de diversidade [...] na perspectiva dos Direitos humanos [...] hoje [...] defendidos” (MUSSKOPF, 2015, p. 35). A religião impede o debate e a garantia dos direitos de gênero, de modo que “em todas as religiões [...] é possível reconhecer discursos e práticas de resistência aos padrões normativos” (MUSSKOPF, 2015, p. 35). A religião acaba por ser o local onde os movimentos e debates LGBTTT encontram maior resistência e onde obtêm maior insucesso. Assim, tem-se que é preciso criar uma “teologia indecente” (MUSSKOPF, 2015, p. 37), onde seja possível questionar “o tradicional campo da decência e ordem latino-americanas enquanto permeiam e apoiam as múltiplas estruturas (eclasiológicas, teológicas, políticas e amorosas) de vida” (MUSSKOPF, 2015, p. 37).

E não se pode esquecer os currículos escolares, nos quais discutir sobre a sexualidade e as normas de gênero ainda é uma espécie de tabu. De forma que, como nos diz Junqueira, (2015, p. 38 e 39),

A heteronormatividade está na ordem do currículo escolar e, desse modo, tende a estar presente em seus espaços, normas, ritos, rotinas, conteúdos e práticas pedagógicas. A instituição normativa e normalizadora da heterossexualidade como única possibilidade natural e legítima de expressão sexual e de gênero envolve toda a escola e os sujeitos que a animam [...] Também informada por outros preconceitos e discriminações, a escola não apenas *consente*, mas também *cultiva* e *ensina* heterossexismo e homo-lesbo-transfobia [...] instauram na escola um regime de controle e vigilância da conduta sexual, do gênero e das identidades raciais.

Entretanto, de nada adianta resolver os preconceitos dos setores sociais se antes não se pensar no próprio preconceito social, que acaba por ser o mais cruel de todos. E tudo baseado em simples convenções, que ao serem





desafiadas provocam fortes reações emocionais. E ser transexual hoje, significa desafiar essas tais convenções. Um exemplo claro disso, é a retórica pergunta: “é menino ou é menina?”, que sucede qualquer notícia de gravidez. Como nos explica Diane Everett (apud ROMANZOTI, 2011), “temos a tendência, como sociedade, de colocar as pessoas em caixas”, de rotular tudo segundo os padrões ditos “normais” pela maioria (quase sempre preconceituosa). E os transexuais acabam sendo as maiores vítimas de toda essa rotulação preconceituosa, pois “um transexual não só atravessa as fronteiras de gênero, mas também as desafia. Se as pessoas não veem você como ‘ou isso ou aquilo’, elas têm dificuldade em se relacionar com você em seu nível de conforto” (EVERETT, apud ROMANZOTI, 2011).

E o exemplo mais recente dessa indignação social diante dos diferentes, é a repercussão polêmica que ocorreu após a transexual Viviany Belebony atuar de forma a representar Jesus crucificado durante a 19ª Parada do Orgulho LGBT em 07 de junho deste ano, em São Paulo. Ela só queria protestar contra a homofobia sofrida diariamente pelos transexuais, mas a grande maioria sequer prestou na mensagem que ela tentava trazer. Como ela mesma nos diz, “usei as marcas de Jesus, humilhado, agredido e morto. Justamente o que tem acontecido com muita gente no meio GLS” (BELEBONI, apud DANTAS, 2015). Entretanto, só foram capazes de pensar no repúdio e até mesmo no “nojo” que sentiam por ver uma transexual “brincando” com a crença religiosa deles. Sentimento este que fica claro nas palavras do Deputado Federal Marco Feliciano (apud DANTAS, 2015),

Imagens que chocam, agridem e machucam. Isto pode? É liberdade de expressão, dizem eles. Debochar da fé na porta denuda [sic] igreja pode? Colocar Jesus num beijo gay pode? Enfiar um crucifixo no ânus pode? Despedaçar símbolos religiosos pode? Usar símbolos católicos como tapa sexo pode? Dizer que sou contra tudo isso NÃO PODE? Sou intolerante, né?

Infelizmente o que causa nojo é o fato de um “diferente” representar uma cena normalmente vista de outra forma – com um ator do sexo masculino e heterossexual. Ao passo que ver um transexual morto pelo preconceito sem limites, dos que se julgam “normais” (O que é ser normal? Existe alguém normal?), passa despercebido,

a travesti que choca é a que está num palco, interpretando um cara que morreu pelos oprimidos. A outra, que morreu de braços abertos como Jesus, que morreu de falta de oportunidade, que morreu por conta da violência cotidiana, que morreu pela soma das violências que sofreu durante sua vida inteira, que morreu por conta da sociedade transfóbica que se alimenta de corpos de travestis e transexuais mortas todos os dias, essa outra travesti não rende protesto. Essa travesti assassinada, como milhares todos os anos, não são dignas da indignação dessa ~gente de bem~ que está ofendíssima com a performance da outra travesti, a que segue viva e lutando cotidianamente pra seguir assim (MARTINEZ, 2015).



Por conseguinte, fica claro que as mudanças devem ocorrer em todos os setores sociais, inclusive entre os próprios operadores e garantidores (ou dos que deveriam ser) dos direitos dos sujeitos. De modo que, vive-se hoje em uma sociedade que fecha os olhos para a realidade e que repudia o que ofende seus padrões de normalidade. Para a qual tudo o que é diferente é errado, causa nojo e revolta. Ao passo que ser transexual em nossa sociedade representa muito mais que uma simples “escolha” de gênero, mas uma ofensa as tradicionais formas de sexualidade, e até mesmo de normalidade. Entretanto, esta concepção não pode continuar sendo aceita, muito menos propagada pelos setores da segurança pública ou ensinada nos “currículos” escolares. Sem falar que o preconceito sofrido pelos transexuais dentro de suas próprias casas é algo totalmente intolerável, pois ser transexual significa apenas que o sujeito não aceita seu sexo biológico e que deseja adequar este ao seu sexo psicológico, ou seja, não significa ser anormal. E se fosse? Qual o problema em ser diferente? Na verdade, não existe nada de errado nisso, e a sociedade (como um todo) precisa entender todo esse processo e apoiar os indivíduos que se sentem como minorias, pois, como nos diz nossa Carta Magna, todos são iguais perante a lei (inclusive os transexuais), ou ao menos deveriam ser.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto até aqui, fica clara a importância dos direitos humanos nas questões relacionadas ao gênero, de modo a buscar uma igualdade para as minorias vítimas do tensionamento das questões indenitárias. Ao passo que, o surgimento destas novas identidades culturais precisa de uma atenção especial para que não surjam novos conflitos baseados em preconceitos mal concebidos.

Neste viés acautelatório é que se faz muito importante a noção sobre os reais conceitos dos direitos humanos, de gênero e de igualdade, ou seja, é preciso primeiro compreendê-los, para que em um segundo momento seja possível fazer uso destes para proteger as minorias vitimadas pelos preconceitos. E um exemplo claro dessas situações ocorre com os transexuais, que diariamente são ridicularizados, e até mesmo agredidos, em razão de suas “escolhas” de gênero.

Sem falar que o preconceito sofrido pelos transexuais é algo totalmente intolerável, pois ser transexual significa apenas que o sujeito não aceita seu sexo biológico e que deseja adequar este ao seu sexo psicológico, ou seja, não significa ser anormal. E se fosse? Qual o problema em ser diferente? Na verdade, não existe nada de errado nisso, e a sociedade (como um todo) precisa entender todo esse processo e apoiar os indivíduos que se sentem como minorias, pois, como nos diz nossa Carta Magna, todos são iguais perante a lei (inclusive os transexuais), ou ao menos deveriam ser.

Por conseguinte, têm-se que os direitos humanos desempenham um papel muito importante na integração dos transexuais, viabilizando uma



oportunidade para estes se sentirem iguais, tendo em vista que em nosso Estado de Direito prezamos por um tratamento isonômico para todos os seres humanos, independentemente de qualquer consideração de gênero e que nossa Carta Magna coloca a dignidade da pessoa humana como um preceito a ser seguido em toda e qualquer relação, pois esta é uma condição intrínseca inerente a qualquer sujeito de direito. Entretanto, efetivar este direito fundamental à igualdade ainda é uma questão a ser enfrentada, inclusive em sociedades onde o preconceito em face do transexualismo ainda impera, como é caso do Brasil e de vários outros países do mundo. Assim, buscamos por uma solução efetiva com o fim de compreender o real sentimento dos sujeitos que nasceram em um gênero que não lhes pertence.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Para além dos direitos do homem. In: \_\_\_\_\_. **Meios sem fim**: Notas sobre a política. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, pgs. 23-34.

ARAN, Márcia. **A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero**. Rio de Janeiro: Agora, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>>. Acesso em: 30 mar 2015.

ARAUJO, Glauco. **Adolescente transgênera tem fotos e ficha de alistamento postadas na web**. São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/09/adolescente-transgenera-tem-fotos-e-ficha-de-alistamento-postados-na-web.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ASSMANN, Selvino J.. **Condição humana contra "natureza"**: diálogo entre Adriana Cavarero e Judith Butler. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 15, n. 3, p. 650-662, set/dez. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v15n3/a08v15n3.pdf>> Acesso em: 10 de Mar de 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

\_\_\_\_\_. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BENTO, Berenice. A diferença que faz a diferença: corpo e subjetividade na transexualidade. **Bagoas**, Rio Grande do Norte, v. 3, n. 4, p. 95-112, 2009. Disponível em: <[http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v03n04art05\\_bento.pdf](http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v03n04art05_bento.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: **Garamond**; 2006.

\_\_\_\_\_. Verônica Bolina e o Transfeminicídio no Brasil. **Cult**, São Paulo, n. 202, p. 30-33, jun. 2015.



BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. **Physis**, v. 19, n. 1, p. 95-126, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf>> Acesso em 08 de Mar. de 2015.

\_\_\_\_\_. **Mecanismos psíquicos del poder teorías sobre la sujeción.** Disponível em: <<https://mariangelesalvarez.files.wordpress.com/2012/11/mecanismospsiquicosdelpoderbutlerjudith.pdf>> Acesso em 08 de Mar. de 2015.

COLETTE CHILAND, Gutierrez, Jorge Luiz. **O Transexualismo.** Loyola, 2008. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=x\\_Jjc1RgeBgC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=x_Jjc1RgeBgC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 27 jun: 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 2008.

DANTAS, Carolina. **'Representei a dor que sentimos', diz transexual 'crucificada' na Parada Gay.** São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/representei-dor-que-sentimos-diz-transexual-crucificada-na-parada-gay.html>>. Acesso em: 13 de out. 2015.

GLOBAL RIGHTS. **Report on the Human Rights Situation of Afro-Brazilian Trans Women.** Washington: Global Rights, 2013.

HALL, Stuart. **Identidade na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

LOUREIRO, Gabriela; VIEIRA, Helena. Gênero: Tudo o que você sabe está errado. **Galileu**, São Paulo. Globo, n. 292, v. 1, nov. 2015. Pgs. 44-53.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença.** Ijuí: Unijuí, 2010

MARTINEZ, William de Lucca. São Paulo: **Linha do Tempo Facebook**, 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/deluccamartinez?fref=photo>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

MUSSKOPF, André S. Por Mais Viadagens Teológicas. **Cult**, São Paulo, n. 202, v. 1, p. 35-37 jun. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Caderno de Direito Constitucional.** EMAGIS, 2006. Disponível em:



<[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan\\_dh\\_direito\\_constitucional.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2015.

ROMANZOTI, Natasha. O que alimenta o preconceito contra transexuais? **Hype Science**, 2011. Disponível em: <<http://hypescience.com/o-que-alimenta-o-preconceito-contra-transexuais/>>. Acesso em: 13 out. 2015.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (In)Diferença no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTANA, Vagner Caminhas; BENEVENTO, Cluadia Toffano. **O conceito de gênero e suas representações sociais**. Buenos Aires: EFDeportes, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd176/o-conceito-de-genero-e-suas-representacoes-sociais.htm>> Acesso em: 21 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2 ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENKEVICS, Adriano. **O conceito de gênero por Raewyn Connell: o corpo no foco das relações sociais**. Ensaios de Gênero, 2012.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS: TUTELA JURÍDICA AO DIREITO À IDENTIDADE. **Cesumar**. Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>>. Acesso em: 14 out 2015.

TOLEDO, Luiz Fernando. Transexual denuncia constrangimento em alistamento militar em Osasco. **O Estado de São Paulo**, set. 2015. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,transexual-denuncia-constrangimento-em-alistamento-militar-em-osasco,1770790>>. Acesso em: 12 out. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de Sexo do Transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos. **Revista Psicologia – Teoria e Prática**: São Paulo, v. 2, n. 2, 2000, p. 88-102. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1113/822>>. Acesso em: 09 mar 2015.



## O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A UNIÃO POLIAFETIVA<sup>1</sup>

*Letícia Mousquer Ritter<sup>2</sup>  
Maurício Rockenbach<sup>3</sup>*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A União Poliafetiva é um tipo de relacionamento entre três ou mais pessoas de sexo oposto ou do mesmo sexo – diferenciando de outros tipos de relacionamento, pois no poliamor existe o conhecimento de todos – e se existe uma possibilidade do reconhecimento desse tipo de união como entidade familiar. Hoje no Brasil, a justiça reconhece como família a união entre homem e mulher, e a partir de 2013 passou a reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Decorência do avanço e das mudanças pelas quais vem passando a sociedade conjugal, torna-se necessário repensar e reavaliar a possibilidade de reconhecer as relações paralelas ao casamento e a união estável nos moldes constitucionalmente previstos como entidade familiar. Assim, a escolha do tema se deu pela relevância atual que o assunto se insere no meio jurídico, especialmente pelo fato de que os indivíduos envolvidos união poliamorosa não tem os seus direitos resguardados, eis que ausente posituação de tais conteúdos. Isso porque o Código Civil de 2002 não deu tratamento jurídico às uniões que envolvam mais de duas pessoas, ou mesmo para outros tipos de relações paralelas. Igualmente se verifica no texto Constitucional, que não trata abertamente sobre o assunto, razões pelas quais abre-se margem ao debate.

Desta forma, o foco principal do trabalho é visualizar se, depois de passados mais de vinte e oito anos da promulgação da Constituição Federal e quatorze da publicação do código Civil, as novas relações afetivas, especialmente as poliafetivas, são efetivamente abordadas pela legislação pátria, ou mesmo se encontram amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de regulamentar e garantir direitos das pessoas envolvidas no relacionamento.

Embora seja o assunto ainda muito recente, o fato não é estranho à realidade jurídica brasileira, especialmente quando no ano de 2012, na cidade de Tupã, no Estado de São Paulo, foi registrada uma união de um trio formado por um homem e duas mulheres, os quais já viviam juntos há mais de três anos. Neste contexto, desde já se extrai que, mesmo na ausência de normas que proíbam tal situação, é importante que Estado exerça seu papel na

<sup>1</sup> O artigo é resultante da pesquisa, em andamento, desenvolvida pelo coautor Maurício Rockenbach como requisito para conclusão do curso de Direito, sob orientação da coautora Letícia Mousquer Ritter.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela UNISINOS. Advogada. Docente no curso de Direito da URI, *campus* Santo Ângelo. E-mail: letiritter@yahoo.com.br.

<sup>3</sup> Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da URI, *Campus* Santo Ângelo. Estagiário. E-mail: mauriciogr\_r@hotmail.com.



proteção dos indivíduos que fazem parte desta relação, propiciando o reconhecimento deste tipo de união como de entidade familiar, uma vez que são relações que geram efeitos, principalmente quando existem filhos ou aquisição de patrimônio.

## A UNIÃO POLIAFETIVA NO BRASIL

Como forma de propiciar o debate sobre as novas relações afetivas, em especial as poliafetivas, o presente artigo visa abordar as formas de tutela da união poliafetiva na legislação brasileira, com vistas à constatação de se há regulamentação ou garantia dos direitos das pessoas envolvidas neste tipo de união. Com base nos princípios elencados na Constituição Federal, que visam à felicidade e a preservação da dignidade dos cidadãos, o estudo busca verificar se há a preservação da dignidade da pessoa humana no que tange a regulamentação das relações poliamorosas.

Já existem registros em cartórios de Uniões Poliafetivas, porém são esparsos, alterando de cidade para cidade, não tendo uma normativa do Superior Tribunal Federal que regule e autorize essas uniões em nível nacional.

O primeiro caso no Brasil, ou melhor, o primeiro documento público existente no Brasil, foi registrado na cidade de Tupã, interior do Estado de São Paulo na data de 24 de agosto de 2012. Expressou o documento público a contratação de matrimônio entre duas mulheres e um homem, estabelecendo-se entre os contraentes os mesmos direitos, deveres e obrigações de um casamento. Desta forma, a tabeliã de Notas e Protestos daquela Comarca realizou o que se pode considerar como a primeira escritura que trata acerca de uniões poliafetivas no Brasil<sup>4</sup>, tal como na obra do romancista brasileiro, estabeleceu-se uma união consensual entre três pessoas.

E o caso não é o único vislumbrado no cenário brasileiro. A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul reconheceu<sup>5</sup> que um cidadão viveu duas uniões afetivas: com a sua esposa e com uma companheira. Assim, decidiu-se pela partilha de 50% do patrimônio imóvel, adquirido no período do concubinato, entre as duas esposas, e a outra

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. **Escritura reconhece união afetiva a três**. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2012/08/escritura-publica-de-tupa-reconhece.html>>. Acesso em: 14 set 16.

<sup>5</sup> Processo nº 70027512763, cuja ementa assim expressa: APELAÇÕES CÍVEIS. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento do falecido. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de vínculos familiares. NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº70027512763, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/05/2009).

metade permanecerá com os filhos. A decisão é inédita na Justiça e resultou da análise das especificidades do caso:

[...] a experiência tem demonstrado que os casos de concubinato apresentam uma série infindável de peculiaridades possíveis”. Avaliou que se pode estar diante da situação em que o trio de concubino esteja perfeitamente de acordo com a vida a três. No caso, houve uma relação “não eventual” contínua e pública, que durou 28 anos, inclusive com prole, observou. “Tal era o elo entre a companheira e o falecido que a esposa e o filho do casamento sequer negam os fatos – pelo contrário, confirmam; é quase um concubinato consentido”. O Desembargador José Ataiades Siqueira Trindade acompanhou as conclusões do relator, ressaltando a singularidade do caso concreto: “Não resta a menor dúvida que é um caso que foge completamente daqueles parâmetros de normalidade e apresenta particularidades específicas, que deve merecer do julgador tratamento especial”. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014, p. 464-465)

Tal circunstância não mais é do que a união poliafetiva ou o poliamor. O poliamorismo ou poliamor trata da possibilidade de coexistência de duas ou mais relações afetivas paralelas, nas quais todos partícipes tem conhecimento e aceitação de todos os membros envolvidos na relação amorosa, tal qual como a descrita na obra do escritor baiano. Em síntese, é em uma relação múltipla e aberta, uma filosofia de família diferente, um novo modo de aceitação não tradicional<sup>6</sup>, pois neste tipo de relacionamento os partícipes da relação acreditam na poliafetividade.

Para os poliamoristas, o amor é infinito, ou seja, não se limita a apenas uma figura. Ao contrário, dá-se especialmente pelo fato de aceitarem diversas uniões ao mesmo tempo. Desta forma, o poliamor é como se fosse um amor geral, ou seja, da mesma forma que uma pessoa pode amar mais de um filho, também pode amar mais que uma pessoa.

Os conviventes afirmam que entre todos há amor, ocorrendo uma honestidade recíproca. Os poliamoristas defendem que o amor é essencial à natureza humana, por ser infinito, deve ser vivido em toda sua plenitude. Alegam que, pelo fato de que seja possível amar todos os filhos da mesma maneira, igualmente não há empecilho (senão de fundo social) para amar dois ou mais companheiros e conviver harmonicamente com eles em como ambiente familiar (MOREIRA, 2014).

Já em uma acepção gramatical da expressão, no dicionário Aurélio, o vocábulo amor (do latim *amore*), é um “sentimento que induz a aproximar, a proteger ou a conservar a pessoa pela qual se sente afeição ou atração;

---

<sup>6</sup> A família instituída pelo casamento entre um homem e uma mulher é a forma conhecida mais antiga, esta trazida também pela nossa Constituição Federal em seu artigo 226, ao determinar como aquela “[...] instituída pelo casamento” (BRASIL, 1988). É a mais divulgada e clássica, possuindo seus valores mais hegemonia na sociedade, construída por pai e mãe, ambos heterossexuais casados e filhos, todos com papéis e funções definidos.





grande afeição ou afinidade forte por outra pessoa” (AURÉLIO). Assim, o Poliamor seria o sentimento por duas ou mais pessoas.

Na seara jurídica, o conceito de Poliamorismo é trazido pelo juiz e professor Pablo Stolze GAGLIANO (2011):

O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.

Desde os tempos remotos o poliamorismo sempre esteve presente, seja na forma de amor de amigos, de família, matrimonial ou a algum deus superior. A união entre três ou mais pessoas data de tempos bíblicos, sendo, inclusive, extraível de passagens na Bíblia sagrada, ao contar que os apóstolos Abraão, Jacó, Davi, Salomão e outros tinham várias mulheres<sup>7</sup>.

Entretanto, a sociedade moderna impôs parâmetros e diretrizes para que seu conceito adquirisse padrões de “normalidade” estabelecendo-se a união de forma marital entre duas pessoas, especialmente um homem e uma mulher, mesmo que de forma estável<sup>8</sup>.

Assim, tudo o que fosse diferente deste padrão predeterminado causa estranhamento e não é visto com bons olhos. Tem-se, então, que uma pessoa que não segue os padrões pode ser considerada “anormal”. Resta-nos, assim, a indagação: e o que seria normal? Para a igreja católica, aos olhos de Deus todos somos iguais (BÍBLIA SAGRADA, Provérbios, capítulo 22, versículo 2). A luz da Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, da mesma forma somos todos iguais perante a lei. Assim, urge questionarmo-nos: porque a sociedade julga pessoas por seus comportamentos não convencionais sendo que – de regra – somos todos iguais?

A união poliafetiva, ou o poliamor gera bastante repercussão na sociedade atual pelo fato de ser algo relativamente novo, ou mesmo fora do que pode ser tido como padrões sociais normais. Nesse contexto MORAIS (2014, p. 463-464) leciona que

<sup>7</sup> É o pensamento extradido de **Porque Deus permitiu poligamia/bigamia na Bíblia**. Disponível em: <<http://www.gotquestions.org/Portugues/poligamia.html>> Acesso em 15 Set 2016. Ainda, à guisa de exemplos temos no Velho Testamento, em Gênesis 4:17 temos que “Lameque tomou duas mulheres: uma chamava-se Ada e a outra, Zilá”. Salomão teria 700 mulheres e 300 concubinas. Nota-se que esse tipo de relacionamento não é fruto da modernidade, mas sim de tempos antigos.

<sup>8</sup> Acerca da definição de união estável, doutrina Arnaldo Rizzardo: “É uma união sem maiores solenidades ou oficialização pelo Estado, não se submetendo a um compromisso ritual e nem se registrando em órgão próprio. Está-se diante do que se convencionou denominar união estável, ou união livre, ou estado de casado, ou concubinato, expressões que envolvem a convivência, a participação de esforços, a vida em comum, a recíproca entrega de um para o outro, ou seja, a exclusividade não oficializada entre homem e a mulher”. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 813.



[...] a etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo.

Ou seja, embora o poliamorismo não seja o padrão comportamental majoritário de nossa sociedade, é de alertar que ele configura a realidade de muitos relacionamentos, pautados naquilo que convém referir como estilo de vida alternativo. Mesmo que um dos princípios basilares do Direito de Família seja o da monogamia, este novo modo de vida alternativo não deve ser discriminado, posto que não há impedimento legal algum proibindo as pessoas de manter relações poliafetivas na letra da lei Civil ou mesmo na letra da Constituição. Apenas há a reprimenda penal, que tipifica o fato como crime de bigamia, o qual necessário esclarecer que, segundo a doutrina, trata-se de tipo penal considerado de letra morta<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Como constantemente confundida com a bigamia, cumpre tecermos algumas ressalvas. A bigamia ocorre quando um homem se casa ilegalmente com mais de uma mulher. O crime de bigamia, previsto no Título VII, Capítulo I do Código Penal, é considerado como um crime contra o casamento no que tange o artigo 235 do Código Penal, vejamos: Art. 225 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime. Como se percebe o conceito de família mudou, abarca hoje não só a família oriunda do casamento civil, mas também as uniões estáveis, as monoparentais, as anaparentais, entre outras, já que o rol explícito na constituição não é taxativo. Assim, é possível constatar que o crime de Bigamia está desatualizado em relação à atual conjuntura, fato que anteriormente já ocorreu com o tipo penal do adultério qu, antes era crime e foi removido do Código Penal, por entender o legislador que não mais se fazia necessário tipificar essa conduta como ilícito penal. “Contextualizando os argumentos, conforme o, Sistema de Indicadores Sociais –SIS, o número de casamentos registrados nos cartórios do país cresceu 31,1%, de 1998 a 2007, assim, a capacidade de cometer o ilícito em comento aumenta consideravelmente em nosso meio. Diante do exposto, será algo comum argumentar: se um indivíduo com duas, três ou mais uniões estáveis não é punido na seara penal, por que o que contraiu o casamento no civil tem que ser taxado por ter cometido crime de Bigamia? Não estaria o direito penal ofendendo a sua dignidade? Não estaria indo contra o Princípio da Isonomia? Se o bem ofendido é a família, não estaria o direito penal ao punir o sujeito que sendo casado contrai novo casamento no civil passando por cima de um princípio basilar que rege essa nova concepção de família, o princípio da dignidade da pessoa humana?. Não estaria o direito penal no artigo 235, ainda atrelado a um conceito já superado de família?. A nosso ver o direito penal fere no artigo 235 de seu código, o princípio da isonomia, haja vista que trata de forma desigual as uniões utilizadas para a formação das famílias ao punir mais de um casamento no civil e não punir nas outras formas de uniões. Fere também o princípio da dignidade da pessoa humana, já que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servi como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças, valores, servindo como alicerce fundamental para alcance da felicidade. A família existe em razão de seus componentes e não estes em função dela, por isto não se deve punir os seus integrantes em função desta. Por isto podemos concluir que o crime de Bigamia está ultrapassado da mesma forma que o de adultério e não deveria ser tutelado pelo direito penal, deixando este para outros ramos. Haja vista, conforme mencionado anteriormente, o princípio da “ultima ratio”

Tal pensamento ganhou destaque com a decisão de inconstitucionalidade do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro de 2002, pelo Superior Tribunal Federal<sup>10</sup>. Com a declaração da inconstitucionalidade do referido artigo a união de pessoas do mesmo sexo passou a ser reconhecida como entidade familiar e, diante disso, existe a possibilidade de se reconhecer além da união singular entre pessoas de sexo opostos e pessoas do mesmo sexo e passar para a pluralidade da união poliafetiva.

Neste contexto, de se elucidar que a Constituição Federal não proíbe ou sanciona expressamente a união de três ou mais pessoas, tratando-se, por decorrência lógica de um silêncio normativo. É o que se extrai da leitura do art. 226, parágrafos 3º e 4º, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes

Da leitura do supra colacionado artigo claramente se observa que o texto constitucional utiliza as expressões “homem e mulher” e não “um homem e uma mulher”. Logo, não há que se falar em vedação constitucional ou possível inconstitucionalidade, uma vez que a relação poliafetiva não se confunde com a união paralela, haja vista ser celebrada diante da vontade plúrima de suas partes<sup>11</sup>.

---

deve ser efetivado para este campo do Direito, ou seja o Direito Penal só entra em cena quando nenhuma outra solucionou o ilícito. Assim, a Bigamia poderia ser resolvida em outra esfera do direito como o Direito Civil, pois onde bastem os meios do Direito Civil ou do Direito Público, o Direito Penal deve retirar-se.” MAIA, Diones Souza. **O crime de bigamia na sociedade moderna**. Disponível em <<http://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/o-crime-bigamia-na-sociedade-moderna.htm>>. Acesso em 14 set 16. Neste mesmo sentido para Lidiane de Araújo Lourenço; Najla Regina Rocha de Lima Fukagawa; Patrícia Cristina Costa Ferreira; Daniela Borges Freitas, que referem “Como esse tipo penal vem sofrendo quando confrontado com o princípio da intervenção em que o Direito Penal deve ser tratado como ultima ratio. De acordo com a maioria dos doutrinadores, a bigamia é de natureza subsidiária, por isso, este só pode punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções, se forem indispensáveis para a vida em comum, bastando assim os meios de direito civil ou direito publico, retirando o direito penal. E, por fim, se concluirá a respeito da descriminalização da bigamia, observando as reformas jurídicas que vêm ocorrendo, inclinando pela revogação desse delito como aconteceu com o delito de adultério.” **Descriminalização da bigamia**. In Rev. Direito e Sociedade – Três Lagoas, MS – Volume 3 – Número 1 – Ano 2015, p. 105/113.

<sup>10</sup> ADI nº 4.277. Supremo Tribunal Federal em 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 15 set 16.

<sup>11</sup> Aliás, sobre o tema imperioso destacar que a união de pessoas do mesmo sexo foi recentemente “tutelada” pela Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que tem



Ainda, é fazer menção que o §3º do supracitado artigo determina a facilitação do reconhecimento da união estável e sua conversão em casamento, sem mencionar o número de contraentes, apenas fazendo menção a união havida entre “homem e a mulher como entidade familiar”. A família múltipla, ou “família plural”, portanto, constitui-se por laços de afetividade, e não merece discriminação.

A somar-se com tal tônica temos o princípio da dignidade da pessoa humana insculpido no artigo 1º, inciso III, da CF/88, que constitui base da comunidade familiar, seja ela biológica ou socioafetiva, garantindo a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros (DINIZ, 2007. p. 22).

Assim, pelo aludido princípio constitucional não deve existir diferença entre uma mãe que tem dois ou mais filhos e os ama de forma igualitária e um homem e/ou uma mulher que amam duas ou mais pessoas, pois de regra, todos somos iguais perante a lei. Importante frisar que o princípio da dignidade da pessoa humana não apresenta apenas um limite à atuação do Estado, mas também um norte para sua atuação positiva. Deve o Estado não só abster-se de praticar atos que atentem contra essa dignidade como também promover essa dignidade por meio de condutas ativas (DIAS, 2006, p. 52.), especialmente relacionando-se ao conceito de família, que é algo que vem mudando com o passar dos tempos.

Se antigamente a simples união entre homem e mulher não era visto como relacionamento afetivo, mas sim um jogo de interesses priorizando o melhor “partido” para os envolvidos, como forma de construção de “família ideal”, atualmente, aparados na lição de Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO, o conceito de família é entendido como sendo “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (2012, p. 44).

Entretanto, ocorre que a legislação pátria não reconheceu expressamente o poliamor como uma forma de composição de família no seio da sociedade brasileira e dessa forma não é amparada pelo artigo 226, §3º do texto Constitucional. Curioso pelo fato de que próprio Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>, ao falar das entidades familiares, ressaltar a inexistência de diferença mesmo entre a heteroafetividade e a homoafetividade quando se trata de família, da seguinte forma:

---

a seguinte redação: “Resolução nº 175, de 14 de maio de 2001. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

<sup>12</sup> ADI nº 4.277 do Supremo Tribunal Federal em 05/05/2011. Rel. Min. Ayres Brito. STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 15 set 16.



O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

Do que se extrai que para a Corte Suprema do país o conceito de família contemporâneo deve ser trabalhado de forma diferente daquela tradicionalmente estabelecida<sup>13</sup>. No mesmo entendimento está a doutrina, ilustrada na teoria de Caio Mário da Silva PEREIRA, para quem o que importa para o conceito de família é o afeto. Leciona o autor que:

Os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. (2011, p. 35.)

Nesse mesmo sentido, Paulo LOBO refere que a afetividade é o núcleo central do conceito de família contemporâneo:

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização. (2002, p. 151).

Igualmente, considerando que a família se forma pelo amor familiar, o Ministro Luiz Fux proferiu no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132<sup>14</sup>, sobre o reconhecimento como entidade familiar da união estável entre pessoas do mesmo sexo:

<sup>13</sup> Conforme o dicionário Aurélio, família são "pessoas cujas relações foram estabelecidas pelo casamento, por filiação ou pelo processo de adoção". AURÉLIO. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/familia>> Acesso em 15 Set 2016

<sup>14</sup> ADI nº 4.277 do Supremo Tribunal Federal em 05/05/2011. Rel. Min. Ayres Brito. STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 15 set 16.



O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.

Cuida-se de um entendimento de que a Constituição aceita a diversidade sociocultural da sociedade e veda discriminações, principalmente quando se trata de algo que o texto constitucional se propôs expressamente a proteger, como argumentou o Ministro Ayres Britto<sup>15</sup> no voto da referida ADPF:

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, 46 adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. [...] Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares

<sup>15</sup> ADI nº 4.277 do Supremo Tribunal Federal em 05/05/2011. Rel. Min. Ayres Brito. STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 15 set 16.



homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.

O Ministro ressalta que a decisão não é reducionista, na medida em que alberga todos os tipos de família sem qualquer discriminação, é que garante coerência à Constituição. Sobre o assunto, a mestre Cláudia Moreira Hehr GARCIA, apresenta o seguinte entendimento:

Pode-se afirmar que o Brasil experimenta hoje uma pluralidade de formações familiares. Algumas consolidadas por meio do Tribunal Constitucional brasileiro, como é o caso da família homoafetiva e outras [...] Entretanto, o que se pretende discutir são a existência, aceite e reconhecimento jurídico de família não amparadas pela Constituição de 1988, o que se dá por meio dos princípios de Direito de Família que enfocam o sujeito e não o Estado como detentor de direitos, inclusive, daquele que direciona o ser humano na eterna busca pela felicidade. Dessa forma, vários são os princípios orientadores dos direitos das famílias e várias são as famílias plurais reconhecidas. (2013)

O que se percebe ao longo do curso da história é que o conceito de família mudou como uma locomotiva sem freios. A estrutura familiar se alterou junto com as pessoas que compõe a família. Contemporaneamente não se tem um padrão definido no mundo do que é uma família, entendendo-se que várias são as combinações possíveis, o que muda são as nomenclaturas jurídicas e existência de direitos – ou não. Como bem observa Pablo STOLZE e PAMPLONA FILHO:

Nessa ordem de ideias, portanto, chegamos, até mesmo por honestidade intelectual a uma primeira e importante conclusão: não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multiforme gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias. Qualquer tentativa nesse sentido seria infrutífera e desgarrada de nossa realidade. A par disso, registramos que nesta obra preferimos utilizar a expressão “Direito de Família” - em vez de “Direito das Famílias” - não por um apego estéril à tradição legislativa ou adoção da equivocada ideia unívoca do signo “família” mas, sim, pelo reconhecimento de que a expressão “família” é gênero que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do Direito. Assim como não precisamos pluralizar o “amor”, por sua intrínseca plenitude, o mesmo se dá em nosso sentir com a noção de “família”. (2012, p. 245)

Maria Berenice DIAS entende que “existe família sem casamento, existe filho sem casamento, existe filho sem sexo, existe sexo antes do



casamento. A família é um núcleo de afetividade”<sup>16</sup>. Ainda, a jurista consigna que:

O princípio da monogamia não está na constituição, é um viés cultural. O código civil proíbe apenas o casamento entre pessoas casadas, o que não é o caso. Essas pessoas trabalham, contribuem e, por isso, devem ter seus direitos garantidos. A justiça não pode cancelar a injustiça.

Permitir que seus cidadãos se enlacem em quantos matrimônios quiserem e ainda assim preservar e garantir o direito a ambos os sexos, sem distinção, deveria ser o dever de um Estado que se diz democrático e de direito. O reconhecimento da união poliafetiva busca que esse direito de escolha não seja apenas de um, mas sim de todos. Nesse sentido, Francisco José Ferreira MUNIZ faz a ressalva de que:

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela Constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas, a Constituição apreende família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família. (2007, p. 157).

Aceitar e reconhecer o poliamor é permitir o direito de escolha e a liberdade que constam no próprio Preâmbulo da Carta Magna Brasileira, que assim refere:

[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]

A liberdade de compartimento amoroso deve ser compreendida sob uma perspectiva que denota ausência de submissão e de servidão. José Afonso da SILVA, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, já definia o conceito da liberdade correlacionado com a busca da realização pessoal:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de

<sup>16</sup> É o que se extrai da notícia MACEDO, Fausto. **As pessoas querem ser felizes, amar, diz ex – desembargadora**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-pessoas-querem-ser-felizes-amar-diz-ex-desembargadora/>>. Acesso em: 15 set 16.





sua felicidade. [...] Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. (2003, p. 232).

Não há como estabelecer uma ligação entre a monogamia e a liberdade de escolha. Isso porque, a liberdade de escolha é um direito de que se possa escolher com quem queira ter um relacionamento afetivo, não necessariamente sendo apenas com uma pessoa. Isso porque as questões sentimentais envolvem o “eu” de cada pessoa, não podendo o Estado impor com quem e com quantas pessoas podemos nos relacionar e escolher para manter uma união familiar.

Foi o que aconteceu no caso da Comarca de Tupã anteriormente citado. De acordo com a tabeliã<sup>17</sup> por reunir em sua função pública o ofício de dar garantia jurídica ao conhecimento de fato, e não existindo impedimento legal para tanto, não poderia se recusar a lavrar a declaração. Existia o desejo comum entre as partes, a capacidade legal, o não envolvimento de menor e a não existência de litígio. As pessoas envolvidas consideravam viver como entidade familiar e desejavam a garantia de alguns direitos. Quanto a questões externas à relação diz ter dúvidas, pela não existência de legislação que trate especificamente sobre o assunto, motivo pelo qual a aceitação envolve a maturação do Direito.

A lição que se extrai é sintetizada por Alexandre da Rosa<sup>18</sup>, ao abordar o pensamento de Warat de que o amor deve ser um exercício democrático do prazer, liberando-se de suas proibições e inocenta o prazer realizado fora do dever:

---

<sup>17</sup> Sob a afirmativa de que "Só estamos documentando o que sempre existiu. Não estamos inventando nada" e de que "Temos visto, nos últimos anos, uma série de alterações no conceito de família. Na minha visão, essa união poliafetiva não afeta o direito das outras pessoas", a tabeliã Claudia do Nascimento Domingues lavrou "escritura pública declaratória de união estável poliafetiva". PUFF, Jefferson. **“Estamos documentando o que sempre existiu”, diz tabeliã que uniu três.** Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828\\_ping\\_uniao\\_poliafetiva\\_jp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828_ping_uniao_poliafetiva_jp.shtml)>. Acesso em: 14 set 16.

<sup>18</sup> O pensamento é extraído do Blog Empório do Direito, onde o autor, ao discorrer sobre o pensamento expresso por Warat em seu A ciência jurídica e seus dois maridos, fixa o pensamento de que o amor é um exercício democrático. *In* ROSA, Alexandre Moraes. **A ciência jurídica e seus dois maridos. O amor no Direito? Deu saudade de Luis Alberto Warat.** Disponível em: <<http://emporiოდireito.com.br/a-ciencia-juridica-e-seus-dois-maridos-o-amor-no-direito-deu-saudade-de-luis-alberto-warat-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 16 set 16.



Warat considerava que o amor, em nossas sociedades, é burocrático e repressivo por apresentar um excesso de deveres. E o amor será um exercício democrático do prazer, quando se liberar de suas proibições e inocentar o prazer realizado fora do dever. Este livro demonstra, faz aparecer, o paradoxo entre o prazer/fruição e os deveres reproduzidos pela sociedade gregária de uma moral cristã que ajusta nossos desejos ao modelo de ordem e legalidade racionalizado, escamoteando os sentimentos: o amor e a sedução. Alguma ordem deve existir, bem assim desejo, sob pena de transformarmos a vida, dizia Warat, em eternos dias sem fim, sem gosto, à espera do fim.

Por certo o que se observa mais uma vez é que o direito, enquanto ciência social sempre estará a reboque dos fatos. E parafraseando o romancista brasileiro Jorge Amado, que celebrizou a união poliafetiva em seu romance *dDona Flor e seus dois maridos*<sup>19</sup>: E aqui se dá por finda a história, em seus mistérios, clara e obscura como a vida. Tudo isso aconteceu, acredite quem quiser. Passou-se na Brasil, onde essas e outras mágicas sucedem sem a ninguém causar espanto...

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto do presente artigo buscou contextualizar a possibilidade do reconhecimento da união poliafetiva no ordenamento brasileiro, tema escolhido em razão do desamparo da atual legislação sobre o assunto, desproteção esta aos cônjuges que vivem deste modo e as crianças fruto desta relação.

Entanto, também se vislumbra que o texto constitucional ao utilizar as expressões “homem e mulher” não veda expressamente as relações poliafetivas. Ao contrário, prevê o texto constitucional a facilitação do reconhecimento da união estável e sua conversão em casamento, sem mencionar o número de contraentes, apenas fazendo menção a união havida entre “homem e a mulher como entidade familiar”.

Assim, pelo fato das constantes evoluções das famílias na sociedade, entre elas os casos de poliamorismo, conclui-se que o conceito de família é apenas a decorrência lógica de uma sociedade democrática, que tem por fim último a dignidade de cada pessoa, que deve ser respeitada em sua individualidade de forma integral e absoluta. Deste modo, a evolução do conceito de união familiar deve ser versado como forma de garantir da dignidade humana, ultrapassando as barreiras da lei e do preconceito, como forma de possibilitar a tendência contemporânea de reconhecimento da união poliamorosa pelos Tribunais.

Conclui-se, do exposto no trabalho, a necessidade eminente do direito em acompanhar os movimentos cíclicos que sofre a sociedade. As

<sup>19</sup> AMADO, Jorge. *Dona Flor e seus dois maridos*. 1966. Disponível em: <<http://cabana-on.com/Ler/wp-content/uploads/2013/07/Jorge-Amado-Dona-Flor-e-seus-Dois-Maridos.pdf>>. Acesso em: 15 set 16.



uniões poliafetivas são uma realidade que se mostram como tantas outras que já chocaram a sociedade, como, por exemplo, os antigos casamentos entre parentes colaterais de primeiro grau ou mesmo, posteriormente, com o casamento homossexual. Assim, as uniões poliamorosas não devem ser vistos como uma afronta ou mesmo com assombro pela sociedade, mas sim como um caminhar evolutivo da mesma.

Reconhecer a união poliafetiva, é reconhecer que as pessoas possuem o direito à liberdade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana e, principalmente, à opção de escolherem o caminho de sua felicidade, tal qual como a narrada no romance de Jorge Amado, *Dona Flor e seus dois maridos*: “Quando era eu só, tinhas meu amor e te faltava tudo, como sofrias! Quando foi só ele, tinhas de um tudo, nada te faltava, sofrias ainda mais. Agora, sim, és Dona Flor inteira como deves ser”<sup>20</sup>.

Faz-se necessário encarar a realidade da poliafetividade sem preconceito, pois além de tudo se trata de uma escolha de vida, que não só é pessoal como indisponível. As atitudes discriminatórias em nada irão solucionar os problemas advindos dessa realidade social plural, somente prejudicarão os indivíduos que de boa-fé quiseram reconhecer a união a fim de não deixar seu núcleo familiar desamparado. Em verdade, que todos devem ter direito à segurança jurídica, independentemente de suas opções amorosas.

Trata, por fim, da liberdade individual de pessoas desimpedidas, leia-se sem vínculo matrimonial ou de fato anterior, e que tão somente buscam o reconhecimento de sua união. O Estado, enquanto ente que tem o dever de efetivar os direitos e garantias individuais, deve forçosamente torná-los possíveis, pois essa proteção tem como destinatários os cidadãos, que são unicamente os mercedores dessa tutela que vem assegurar a sua dignidade e igualdade, e não a sociedade moralista que tem o único intuito de privá-los desses direitos.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Jorge. **Dona Flor e seus dois maridos**. 1966. Disponível em: <<http://cabana-on.com/Ler/wp-content/uploads/2013/07/Jorge-Amado-Dona-Flor-e-seus-Dois-Maridos.pdf>>. Acesso em: 15 set 2016.

AURÉLIO. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com>> Acesso em: 15 set 16.

AYRES, Rayssa. **Poliamorismo: uma visão geral e inicial sobre o movimento**. Disponível em: <<http://rayssacfayres.jusbrasil.com.br/artigos/136048909/poliamorismo-uma-visao-geral-e-inicial-sobre-o-movimento>>. Acesso em: 02 jun 2016.

<sup>20</sup> AMADO, Jorge. **Dona Flor e seus dois maridos**. 1966. Disponível em: <<http://cabana-on.com/Ler/wp-content/uploads/2013/07/Jorge-Amado-Dona-Flor-e-seus-Dois-Maridos.pdf>>. Acesso em: 15 set 16.



BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **LAW e um “Direito Vadinho”**. In Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/law-e-um-direito-vadinho/>>. Acesso em: 14 set 2016.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-dao-amante-na-teoria-e-na-pr%C3%A1tica-dos-tribunais>>. Acesso em: 15 set 16.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil – As famílias em Perspectiva Constitucional**. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Cláudia Moreira Herh; VERDAN, Tauã Lima. **A constitucionalização do direito das famílias como promotora do surgimento das famílias polivalentes. Arestas ao valor da monogamia no Brasil**. Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos. Cachoeiro de Itapemirim: Centro Universitário São Camilo, 2013.

LOURENÇO, Lidiane de Araújo; Najla Regina Rocha de Lima Fukagawa; Patrícia Cristina Costa Ferreira; Daniela Borges Freitas. **Descriminalização da bigamia**. In Rev. Direito e Sociedade – Três Lagoas, MS – Volume 3 – Número 1 – Ano 2015, p. 105/113.

MAIA, Diones Souza. **O crime de bigamia na sociedade moderna**. Disponível em: <<http://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/o-crime-bigamia-na-sociedade-moderna.htm>>. Acesso em: 14 set 16.

MACEDO, Fausto. **As pessoas querem ser felizes, amar, diz ex – desembargadora**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-pessoas-querem-ser-felizes-amar-diz-ex-desembargadora/>>. Acesso em: 15 set 16.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. apud. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. Coleção direito civil; volume 6. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.



MOREIRA, Thacio Fortunato. **Poliamorismo nos tribunais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30885/poliamorismo-nos-tribunais>>. Acesso em: 02 jun 15

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas, para além do *numerus clausus***. n.12. Revista Brasileira de Direito de Família, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSA, Alexandre Morais. **A ciência jurídica e seus dois maridos. O amor no Direito? Deu saudade de Luis Alberto Warat**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-ciencia-juridica-e-seus-dois-maridos-o-amor-no-direito-deu-saudade-de-luis-alberto-warat-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 16 set 16.

PUFF, Jefferson. **“Estamos documentando o que sempre existiu”, diz tabeliã que uniu três**. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828\\_ping\\_uniao\\_poliafetiva\\_jp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828_ping_uniao_poliafetiva_jp.shtml)>. Acesso em: 14 set 16.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.



## **OS DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO DEMOCRÁTICO: ENTRE PRÁTICAS LEGISLATIVAS E (IN)VIABILIZAÇÃO DE DIREITOS**

*Luciano Augusto de Oliveira Paz<sup>1</sup>  
Orientadora Sinara Camera<sup>2</sup>  
Linha I – Direito e Multiculturalismo*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O Estado Democrático de Direito está situado em um cenário de diversidade. Por um lado, fala-se em diversidade jurídica, da qual se denota a vocação contemporânea dos direitos humanos, isto é, a sua afirmação na Declaração Universal dos Direitos Humanos e a sua instrumentalização no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a eleição da democracia como o ambiente em que poderão ser realizados a partir da Declaração e Programa de Ação de Viena.

Por outro lado, fala-se também em diversidade cultural, a qual *pode* ser caracterizada pela participação de grupos de pressão no processo democrático a utilizar discursos carregados com aspectos *culturais-ideológicos* que lhes são particulares, como justificção para o exercício do poder político, *podendo* inviabilizar a realização de direitos de outros indivíduos.

Nesse contexto, o presente ensaio tem por objeto o estudo das relações e das tensões existentes entre os direitos humanos e a democracia no processo democrático, analisando-se o caso do Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, o estudo foi dividido em dois momentos. Em um primeiro momento, buscou-se compreender a afirmação do processo democrático como direito humano.

Por fim, em um segundo momento, buscou-se compreender as possíveis inviabilizações à realização de direitos humanos no processo democrático, as quais podem ser ocasionadas pela interpenetração do poder ideológico e do poder político em um cenário de diversidade cultural, analisando-se então o caso do legislador no Estado Democrático de Direito brasileiro.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). Advogado, OAB/RS 103.642. E-mail: lucianoaugustopaz@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPANHA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana, área de concentração Direito do Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/BRASIL/RS); Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: aiacamera@hotmail.com



## 1 A AFIRMAÇÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO COMO DIREITO HUMANO E AS SUAS LIMITAÇÕES NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Já ao início, e alertando que não se pretende aqui esgotar as discussões que envolvem direitos humanos e democracia, procuram-se significados. Então, o que são direitos humanos? Afirma a doutrina tratarem-se de direitos que derivam de exigências próprias da pessoa humana: reconhecimento, respeito, tutela e promoção, o que conduz a atenção estatal para o desenvolvimento humano (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2013).

Consideração geral a ser tomada, em se falando do processo de construção dos direitos humanos é que, dentre os seus modos de fundamentação, quais sejam, religioso, natural, positivista, marxista ou sociológico, a positivista sobressai como o cenário em que a construção de textos normativos protetores do indivíduo diante de ações ou omissões estatais passou a atuar (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2013).

Douzinas dá àquele cenário o nome de *Era das Declarações*, porque do seu nascimento a partir da Declaração Americana e da Declaração Francesa. Ensina o autor que, por ocasião da *Era*, verificam-se as primeiras limitações do poder do Estado, até então dito *absoluto*, em face do indivíduo. Sem outra fonte aparente, coube às declarações o nascimento dos direitos humanos (DOUZINAS, 2010).

Não se ignora que, até então, a construção normativa em comento estabelecia apenas direitos civis, de essência liberal. Consequência é que o Estado, no ponto, em que pese não mais absoluto, passou a ser soberano e, porque de seu *suposto* respeito às declarações-constituições, passou a amoldar os indivíduos de acordo com a *raison d'état*, como refere Douzinas; isto é, às razões do Estado, ao expediente político (DOUZINAS, 2010).

Tem-se, por exemplo, o genocídio nazista, no qual a *construção normativa* passou a ser instrumento de dominação (LAFER, 1988). Diante da *raison d'état*, uma vez legítima a norma criada em concordância à declaração-constituição, não interessavam os seus efeitos ou a sua repercussão. Impôs-se, assim, uma reconstrução, oferecida pela internacionalização do Direito, como resposta às violações de direitos praticadas pelo regime nazista (DOUZINAS, 2010).

Após a Segunda Guerra Mundial passou-se a falar propriamente nos direitos humanos, vindo estes a ser afirmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quando a soberania do Estado foi relativizada, limitada pelo respeito àqueles direitos, dos quais os indivíduos tornaram-se destinatários (PIOVESAN, 2010).

Elenca-se, assim, o significado contemporâneo do que sejam direitos humanos. Estes aparecem não como um dado, mas como um construído histórico, porque de seu contínuo processo de *construção-fundamentação* (PIOVESAN, 2010); esboçam limites ao poder estatal (DOUZINAS, 2010); emancipam o indivíduo perante a sociedade e ao Estado (COMPARATO,



2013); removem-no de uma situação de objeto de direito e colocam-no em uma situação de sujeito de direitos (BOBBIO, 1992).

Em outras palavras, os direitos humanos

[...] não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo momento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais [...] (BOBBIO, 1992, p. 1).

O significado do que seja democracia, por sua vez, reiterando que não é objeto deste ensaio esgotar as discussões que envolvem o tema, decorre da formação do significado contemporâneo do que sejam os direitos humanos. Estes, não limitados à Declaração Universal, prolongam-se através dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

Conjuntamente à Declaração Universal, aqueles Pactos compõem o *International Bill of Human Rights*, prevendo instrumentos para a proteção dos direitos humanos cujos efeitos *erga omnes* obrigam o Estado à observância dos direitos por ele veiculados (BIELEFELDT, 2000). No ponto, passa-se da internacionalização dos direitos humanos para a sua universalização (PIOVESAN, 2007), quando se introduz àqueles direitos a concepção de indivisibilidade e interdependência (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).

A propósito, isso é o que preconiza a Declaração e Programa de Ação de Viena em seu artigo 5º:

Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa (sic), no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais. (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1993).

Em um cenário de pluralidade normativa, quando, por um lado, despontam direitos civis e políticos; e, por outro, direitos econômicos, sociais e culturais; todos qualificados como direitos humanos universais, indivisíveis e interdependentes, apresenta-se a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e o respeito aos direitos humanos torna-se legitimador do governo do Estado, indicando-se a democracia como o ambiente fértil para que a sua realização seja atingida (DONNELLY, s.d.).





A partir daí a democracia é definida na Declaração e Programa de Ação de Viena. De acordo com o seu artigo 8º, “A democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e a sua participação plena em todos os aspectos das suas vidas.” (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1993).

A Declaração Universal, por sua vez, também trata da democracia. Em seu artigo 21 preconiza que “Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país [...] A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal [...]” (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 1948, p. 11). Já em seu artigo 27 acrescenta que “Todo ser humano tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade [...]” (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 1948, p. 14-15).

*Livre determinação, participação*; estas são expressões que aparecem em ambos os documentos. No entanto, é apenas a partir do *International Bill of Human Rights*, somado à Declaração e Programa de Ação de Viena, de que advém “[...] a idéia (sic) de que a legitimidade de um governo é baseada na extensão do respeito e defesa aos direitos humanos dos seus cidadãos [...]” (DONNELLY, s.d., p. 2).

Cabe à vocação contemporânea dos direitos humanos provocar a *livre determinação* dos indivíduos e a sua *participação* – falando-se em direito humano à democracia –, *supostamente* assegurando atuações do Estado responsáveis e transparentes (DONNELLY, s.d.). Contudo, o relacionamento entre os direitos humanos e a democracia causa controvérsia.

Afinal, ou os direitos humanos são proteção a direitos individuais e pré-políticos ou somente através da política democrática adquirem forma concreta. Nesse sentido, coloca-se que

A relação entre direitos humanos e democracia também causa controvérsia na filosofia política: são os direitos humanos, fundamentalmente, uma barreira externa da democracia, por abranger direitos individuais e pré-políticos, que deveriam ser protegidos da interferência política? Ou é assim, que somente através da política democrática os direitos humanos ganham sua forma concreta na história? (BIELEFELDT, 2000, p. 18).

A questão é suscitada pela *retórica dos direitos humanos*. Nela, demandas *em nome* dos direitos humanos passam a ser a justificativa para que haja exceções à igualdade e à dignidade. Essa conclusão é a que se chega, uma vez que

Assim que o menor material empírico ou histórico é introduzido na natureza humana abstrata, assim que passamos de declarações a pessoas corporificadas concretas, com gênero, raça, classe e idade, a natureza humana com sua igualdade e dignidade sai de cena rapidamente. (DOUZINAS, 2010, p. 110).



Além disso, aquelas demandas comportam *interesses* como os que atinem às questões de gênero, de opção sexual, características físicas, grupos étnicos, religiões e a própria natureza (SORJ, 2004).<sup>3</sup> Nelas os direitos humanos exercem o papel de *conceito-chave*. No entanto, havendo choques conceituais, deixam de ser ponto de referência, questionando-se então as relações e as tensões entre os direitos humanos e a democracia. Não por outra razão, afirma-se que

[...] o relevante papel que os direitos humanos exercem como conceito-chave [...] na ordem política e jurídica contribuiu para seu desdobramento em dialética própria, uma vez que o conceito passa a ter definições cada vez mais complexas e multiformes. A agregação de valor aos direitos humanos a ponto de integrarem efetivamente o direito dos povos [...] levam a [...] formulações diferenciadas [...] O discurso especializa-se em jurídico, político, ético e teológico, ficando cada vez mais difícil a harmonização de todos eles, a ponto de correremos o risco de perder a unidade na referência aos direitos humanos. Frequentemente (sic), essa tendência se agrava pelo fato de haver choques conceituais e de interesses dentro de cada especialidade. Na medida em que perdemos a unidade da base normativa dos direitos humanos, corremos o risco de desvanecerem-se os limites de seu uso consciente: irrefletido e inflacionado emprego para fins ético-políticos de toda sorte ou estilizada como promessa pseudo-religiosa transcendem sua validade política e jurídica. (BIELEFELDT, 2000, p. 17).

Passa a ser verificado um pluralismo jurídico e as demandas *em nome* dos direitos humanos suplantam-substituem o Estado, deslocando a produção jurídica a grupos de interesse. Desse modo, presencia-se o (re)nascimento de um pluralismo jurídico, quando

Ao lado das normas de direito propriamente ditas, aquelas que se impõem em virtude de pactos e de textos, existe toda uma normatividade que emana das concepções e das vivências dos sujeitos e dos grupos que pertencem a essas comunidades, e que transformam a soberania nacional tradicional. [...] O direito estatal também é substituído, cada vez mais, por instâncias que se situam, conforme a hierarquia tradicional, abaixo dele. Podemos assinalar, com exemplos, o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados [...] (ARNAUD, 1999, p. 27).

Há aí figura de um Estado Democrático de Direito limitado, cujas atuações têm caráter programático e em que o indivíduo participa do processo político, através de um governo representativo (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003). Observa-se, porém, que o corpo estatal não é um todo homogêneo, mas um composto de diferentes interesses, com o que

<sup>3</sup> Nesse sentido, “A afirmação de identidades baseadas no sexo, na raça, na etnia, na orientação sexual, entre outras, vem ampliar o universo dos direitos que são reconhecidos como direitos humanos.” (NUNES, 2004, p. 24).



Moradia, saúde, educação, direitos dos agricultores sem terra, defesa do meio ambiente, preocupações ecológicas, igualdade de raças e de sexos, livre utilização do corpo e liberação dos comportamentos ligados à sexualidade motivam o aparecimento de grupos pela luta de igualdade de direitos e a instalação de democracias efetivas. As pessoas, a partir da base, reclamam o direito à diferença, de tal forma que a diferença não seja mais uma fonte de desigualdade, e que um Estado não tenha mais qualquer direito a rechaçá-la sob o pretexto de estabelecer uma igualdade como base de um regime democrático. A cidadania é então entendida como um estatuto, mas também substancialmente como um conjunto de atitudes, de papéis e de expectativas (sic), que não obedecem necessariamente a delimitações territoriais. (ARNAUD, 1999, p. 36).

Desdobra-se então o *princípio democrático*. Este indica “[...] a estruturação dos processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos.” (CANOTILHO, 2003, p. 288). E, nesse sentido, o Estado Democrático de Direito prevê atuações estatais voltadas à transformação do *status quo* do indivíduo (SILVA, 2014), propondo-se ser o *locus* de construção do sujeito democrático.

Salientando-se que a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza ou pretende realizar é representativa, desse modo, deverá ser

[...] participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2014, p. 121-122).

No ponto, debatem-se os mecanismos do processo democrático. No Brasil, de acordo com o artigo 14, da Constituição Federal, aquela representação se dá por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular (BRASIL, 1988).<sup>4</sup> No plebiscito, anteriormente à inovação legislativa o povo é

<sup>4</sup> Além daqueles institutos, a ação popular, a iniciativa popular de lei, a iniciativa para *impeachment* e a organização e a participação de partidos políticos, revelam outros instrumentos para a participação no processo democrático (MORAES, 2015). Importante relevo tem a *audiência pública*, albergada pelo artigo 58, § 2º, inciso II, da Constituição Federal, que possibilita o diálogo do legislador com as entidades da sociedade civil (BRASIL, 1988). A audiência pública pretende debater com a população questões relevantes, colhendo informações acerca dos interesses da sociedade a seu respeito. O instrumento possibilita aos detentores dos direitos discutidos nas ações constitucionais manifestação, visando aproximar os tribunais, em suas decisões, da realidade social (SUPTITZ, 2008).



consultado, decidindo sobre a sua procedência ou não. Pelo referendo, o povo ratifica ou não, inovação legislativa já elaborada. Já na iniciativa popular a inovação legislativa parte de proposta do povo (DALLARI, 2009).

A partir daí, falando-se em conjugar os direitos humanos e a democracia, levantam-se tensionamentos. A representação deverá ser uma representação democrática material e não uma delegação da vontade do povo (CANOTILHO, 2003). No entanto, as deliberações que dizem respeito a toda a coletividade são tomadas por alguns poucos eleitos *para essa finalidade* (BOBBIO, 2000a).

Assim, indivíduos com diferentes interesses formam grupos que buscam prevalecer sobre os demais no processo democrático. Com isso, passa-se a afirmar que

A necessidade de governar por meio de representantes deixa para o povo o problema da escolha desses representantes. Cada indivíduo tem suas aspirações, seus interesses e, mesmo que de maneira indefinida e imprecisa, suas preferências a respeito das características dos governantes. E quando se põe concretamente o problema da escolha é natural a formação de grupos de opinião, cada um pretendendo prevalecer sobre os demais. (DALLARI, 2009, p. 161).

A democracia torna-se, assim, o espaço em que movimentos sociais (SORJ, 2004) ou grupos de interesse (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003) ou de opinião (DALLARI, 2009) ou de pressão (BONAVIDES, 2010), *em nome* dos direitos humanos, ao deslocarem a produção jurídica para si (ARNAUD, 1999), formam centros de poder. É que, na esquematização conhecida do processo democrático em que *A* representa *B*, questiona-se *como* e *o que* representa, aparecendo então o problema da democracia e o problema do pluralismo, quando

[...] tão logo abandonamos o ponto de vista restrito do sistema político e ampliamos a visão para a sociedade subjacente, devemos fazer as contas com centros de poder que estão dentro do Estado mas que não se identificam imediatamente com o Estado. Inevitável neste ponto que o problema da democracia encontre e englobe o problema do pluralismo. (BOBBIO, 2000a, p. 70).

Respondendo-se a *como* representa, ou é o representante um *porta-voz* do representado ou é o seu substituto no processo democrático. Já se respondendo a *o que* representa, ou a interesses gerais ou a interesses específicos. Nesse cenário, aqueles grupos de interesse referidos alhures formam oligarquias a controlar a distribuição do poder. Desse modo, o representante é substituto dos integrantes daquele *grupo* de interesse em que se insere e

[...] o defeito da democracia representativa, se comparada com a democracia direta, consiste na tendência à formação destas



pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos; tal defeito apenas pode ser corrigido pela existência de uma pluralidade de oligarquias em concorrência entre si. Tanto melhor porém se aquelas pequenas oligarquias, através de uma democratização da sociedade civil [...] tornam-se cada vez menos oligárquicas, fazendo com que o poder não seja apenas distribuído mas também controlado. (BOBBIO, 2000a, p. 73).

Verifica-se, assim, a incapacidade do processo democrático ampliar o seu círculo, abrangendo a diferentes grupos de interesse, isto é, às diversidades em todo o seu pluralismo (BOBBIO, 2000a). Em que pese as promessas do Estado Democrático de Direito estejam voltadas à *livre determinação*, à *participação* do indivíduo e à transformação de seu *status quo*, constata-se grupos de interesse inseridos no processo democrático a advogar por causas particulares, distintas daquelas promessas (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

## **2 A (CO) EXISTÊNCIA DE GRUPOS DE PRESSÃO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO E A (IN) VIABILIZAÇÃO DE DIREITOS POR MEIO DO PROCESSO LEGISLATIVO**

Grupos de interesse inseridos no processo democrático advogam por causas particulares, distintas das promessas do Estado Democrático de Direito. Desperta daí a questão democrática, a qual se traduz nos obstáculos à realização de direitos (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003). A partir disso, importa examinar essa (co) existência daqueles grupos no processo democrático e o modo com que obstaculizam a *livre determinação* e a *participação* e impedem a realização do direito humano à democracia (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).<sup>5</sup>

Assim, procura-se compreender o problema do pluralismo, isto é, a (in)capacidade do processo democrático de ampliar o seu círculo, abrangendo a diferentes grupos de interesse, isto é, às diversidades (BOBBIO, 2000a). A doutrina indica que “[...] uma forma de governo é democrática quando todos os destinatários das leis participam igualmente (em princípio) da sua produção.” (BOVERO, 2002, p. 26).

A igualdade trata de um gênero universal, o *gênero humano*. No entanto, no processo democrático, traduz a inclusão do indivíduo em um grupo de interesse, em uma elite qualificada, que influi no processo, (im) possibilitando a verificação da vontade geral. Assim, a acessibilidade formal ou material aos papéis institucionais de comando desnuda uma prática real de desigualdade, uma vez que o processo democrático

[...] identifica-se como o processo ascendente: o início está na base, está nas muitas vontades dos indivíduos concebidos como sujeitos

<sup>5</sup> Com a Declaração e Programa de Ação de Viena a dar tônica ao texto da Declaração Universal, passa-se a falar em direito humano à democracia. Assim, violando-se à democracia, viola-se a direito humano. São aspectos da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).



racionais autônomos, e, através de um sistema de designações que partem de baixo, avança até o vértice, isto é, até os órgãos habilitados a tomar as decisões coletivas finais, cuja orientação complexa deriva e depende, ainda que indiretamente, da soma das decisões iniciais dos indivíduos, expressas no momento eleitoral. (BOVERO, 2002, p. 33).

Nesse sentido, questiona-se se processo democrático alcança a *todos* os indivíduos situados no Estado ou apenas a *alguns*, tão somente sujeitando *todos* às suas *regras*. A questão é crítica à alegada (in) capacidade do processo democrático para *tutelar* o consentimento individual. Afinal, em sendo verificado o consentimento dos governados, todas as regras a que se submetem, serão consideradas democráticas. Portanto, adverte-se que

Se todas as pessoas estão sujeitas às leis têm o direito [...] de participar do processo de criação das leis; se o requisito do consentimento é universal e incontestável, a argumentação a favor da democracia é muito poderosa e, na mesma medida, a argumentação contra as alternativas excludentes [...] o domínio de uma elite qualificada [...] Se a pretensão da cidadania é um direito categórico e universal de todos os seres humanos [...] em todos os grupos de pessoas que desejam estabelecer ou manter uma associação com um governo capaz de tomar decisões vinculativas, o Princípio Forte de Igualdade<sup>6</sup> – a mais importante das condições para o processo democrático [...] – deve, necessariamente, existir. (DAHL, 2012, p. 199).

Assim, a igualdade denota a inclusão do indivíduo em um grupo de interesse ou elite qualificada (BOVERO, 2002). Desse modo, o problema do pluralismo (BOBBIO, 2000a), torna-se o problema da inclusão (DAHL, 2012). Desperta então o *multiculturalismo*, a expor um *terreno explícito de lutas políticas* e a desnudar diferentes pontos de vista e culturas<sup>7</sup> entre os diferentes grupos de interesse e a tomada de uma posição (SANTOS; NUNES, 2003).

Por meio do *multiculturalismo* movimentos políticos atuam na defesa do reconhecimento da diferença, visando a impedir a marginalização ou a exclusão de culturas na sociedade. Trata-se, assim, de uma noção

<sup>6</sup> O princípio remonta à ideia de *igualdade intrínseca*, a significar que “[...] todos os seres humanos têm valor intrínseco igual, ou, na ordem inversa, nenhuma pessoa é intrinsecamente superior a outra.” (DAHL, 2012, p. 131). Compreende-se que a ideia não denota a realização *plena* de seu sentido gramatical. Assim, supor-se um *princípio forte de igualdade*, procura-se aproximar a igualdade prática real: “Também podemos nos referir a ele como um pressuposto de qualificação aproximadamente igual [...]” (DAHL, 2012, p. 150).

<sup>7</sup> Nesse ensaio, compreende-se cultura como o conjunto de valores a permear a identidade de um indivíduo e do seu grupo de interesse na sociedade. Assim “[...] a cultura, neste sentido, é baseada em critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam.” (SANTOS; NUNES, 2003, p. 17). Nesse sentido, “A afirmação de identidades baseadas no sexo, na raça, na etnia, na orientação sexual, entre outras, vem ampliar o universo dos direitos que são reconhecidos como direitos humanos.” (NUNES, 2004, p. 24).



emancipatória, em que a cultura obtém força política, quando o conjunto de valores que permeiam a identidade de um indivíduo e do seu grupo de interesse na sociedade choca-se com outro. Isto é,

Multiculturalismo, justiça multicultural, direitos coletivos, cidadanias plurais são hoje alguns dos termos que procuram jogar com as tensões entre a diferença e a igualdade, entre a exigência de reconhecimento da diferença e de redistribuição que permita a realização da igualdade. Essas tensões estão no centro das lutas de movimentos e iniciativas emancipatórias que [...] procuram propor noções mais inclusivas e, simultaneamente, respeitadoras da diferença de concepções alternativas de dignidade humana. (SANTOS; NUNES, 2003, p. 23).

Desse modo, o modelo democrático *teórico* afasta-se do *real*. Se nas *regras do jogo* era prevista a *livre determinação* e a *participação do indivíduo*, o que há é a influência de grupos de interesse (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003), que tem o poder político deslocado para si (SORJ, 2004). Afirmam-se oligarquias (BOBBIO, 2000a), que excluem o sentido primitivo da participação política, isto é, o consentimento expresso no momento eleitoral (BOVERO, 2002).

A questão democrática expõe obstáculos à realização dos direitos humanos. Se, por um lado, na democracia há *livre determinação* e *participação* no processo democrático; por outro, a dinâmica representativa faz as *razões do Estado* sobrepujarem-se às *razões políticas*, em uma racionalidade tecnocrática (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).<sup>8</sup> Não se transforma o *status quo* do indivíduo (SILVA, 2014), mas satisfazem-se grupos de pressão<sup>9</sup> (BONAVIDES, 2010) e impede-se a realização plena do direito humano à democracia (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).

A partir daí, examina-se o caso do legislador no Estado Democrático de Direito brasileiro e a possibilidade de tensionamento e supressão de direitos humanos, considerando-se a atuação da Frente Parlamentar Evangélica<sup>10</sup> no

<sup>8</sup> Entende-se por *razões do Estado*, o Estado como *mecanismo-instrumento*, com vistas a influir no processo democrático, prestigiando grupos de interesse determinados, em substituição ao indivíduo. Já por *razões políticas*, o conjunto de interesses externados pelo indivíduo *primitivamente* no momento eleitoral, com vistas a influir nos processos de decisão do Estado (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

<sup>9</sup> Estes, “[...] são organizações da esfera intermediária entre o indivíduo e o Estado, nas quais um interesse se incorporou e se tornou politicamente relevante. Ou são grupos que procuram fazer com que as decisões dos poderes públicos sejam conformes com os interesses e as idéias (sic) de uma determinada categoria social.” (J. H. KAISER apud BONAVIDES, 2010, p. 460). A doutrina diverge sobre o que sejam grupos de interesse e grupos de pressão. Aqueles, apesar existirem organizadamente, não necessariamente demonstram atuação política. Os grupos de pressão, por sua vez, definem-se “[...] pelo exercício de influência sobre o poder político para obtenção de uma determinada medida de governo que lhe favoreça os interesses.” (BONAVIDES, 2010, p. 461). Nesse ponto, passa-se a falar em grupos de pressão.

<sup>10</sup> A vista de não ser uma entidade jurídica, mas a “[...] reunião de um grupo de parlamentares de diversos partidos que lutam por uma causa em comum [...]” (DUARTE, 2011, p. 58), denomina-se a *Bancada Evangélica*, como *Frente Parlamentar Evangélica*.



Congresso Nacional brasileiro como grupo de pressão e a repercussão de seus projetos legislativos, os quais implicam em supressão de direitos *diversos-diferentes* daqueles relativos à *cultura cristã* (DUARTE, 2011)

No ponto, importa relacionar o poder ideológico e o poder político. Enquanto o poder político denota a posse dos instrumentos por meio dos quais se exerce a força<sup>11</sup>, o poder ideológico consubstancia ideias formuladas de um determinado modo, emitidas em determinadas circunstâncias, por uma pessoa investida de uma determinada autoridade, difundidas através de determinados procedimentos (BOBBIO, 2000b).

A participação de grupos de pressão religiosos na política nacional remonta à década de 1980, período de redemocratização do país, quando os “[...] representantes de igrejas perceberam a política institucional como um canal de participação ativa nas questões candentes na sociedade civil.” (DUARTE, 2011, p. 63). No entanto, foi a partir do ano de 2006 que a Frente Parlamentar Evangélica passou a demonstrar um maior número de parlamentares e uma maior produção legislativa (GONZATTO, 2015).

Com um discurso carregado de carga moral, a agenda legislativa da Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional brasileiro pauta-se no raciocínio de que os evangélicos, justos; em contraponto aos ímpios, legislam a vista de restabelecer os bons costumes da sociedade. Desse modo, “[...] valores religiosos são travestidos em projetos políticos intencionando moralizar costumes e garantir que o Estado legisle em prol dos cidadãos retos.” (DUARTE, 2011, p. 192).

Evidencia-se, assim, a atuação da Frente Parlamentar Evangélica como grupo de pressão. Afinal, trata-se de grupo com influência sobre o poder político para que tenha os seus interesses favorecidos através do Estado (BONAVIDES, 2010) e o potencial para determinar condutas através de valores (BOBBIO, 2000b), relativos estes à *cultura cristã* e travestidos de projetos legislativos (DUARTE, 2011).

Nesse sentido, questionando-se a medida que as relações e as tensões entre os direitos humanos e a democracia inviabilizam a realização de direitos, atentando à questão democrática e demonstrando a atuação da Frente Parlamentar Evangélica como grupo de pressão cujos projetos legislativos, implicam em supressão de direitos *diversos-diferentes* daqueles relativos à *cultura cristã* e o descompasso das Propostas de Emenda à Constituição n.º 12/2015 e 99/2011 e do Projeto de Lei n.º 6.583/2013 à vocação contemporânea dos direitos humanos.

O primeiro projeto legislativo refere-se à Proposta de Emenda à Constituição n.º 12/2015<sup>12</sup>, com o objetivo de alterar o parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1998. Enquanto a redação do diploma preconiza que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de

<sup>11</sup> Salienta-se que o poder político não encerra na possibilidade de exercício da força. Coagir condutas implica também que estas sejam criminalizadas ou penalizadas (BOBBIO, 2000b). É o que se denomina poder potencial, isto é, a capacidade de determinar o comportamento dos outros (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2002).

<sup>12</sup> Proposição do Deputado Federal pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) Cabo Daciolo.





representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988), a sua alteração visa a preconizar que “Todo o poder emana de Deus [...]” (BRASIL, 2015).

Esse projeto legislativo demonstra o uso de discursos ideológicos a interferirem no poder político, cujos valores remetem à *cultura cristã*. Evidencia-se, assim, uma situação de *marketing eleitoral*, isto é, proposta política carregada de *discurso retórico* que visa obter votos (DONNELLY, s.d.), para, na suposta legitimidade do processo democrático, estabelecer as *razões do Estado* (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

O segundo projeto legislativo refere-se à Proposta de Emenda à Constituição n.º 99/2011<sup>13</sup>, com o objetivo de possibilitar às instituições religiosas a competência para propor as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante do Supremo Tribunal Federal. Atentando-se contra a laicidade estatal, a despeito de qualquer liberdade religiosa, revela-se interferência à realização da *diferença cultural* como direito humano<sup>14</sup>.

Já o terceiro projeto legislativo refere-se ao Projeto de Lei n.º 6.583/2013<sup>15</sup>, o Estatuto da Família, com o objetivo de (re)definir o que é *entidade familiar*<sup>16</sup>. Afirmando discursos ideológicos com valores relativos à *cultura cristã* e atentando à laicidade estatal, à liberdade religiosa, à *diferença cultural* e, portanto, afirmando um processo democrático que tende a inviabilizar direitos o artigo 2º, do projeto, dispõe “[...] define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher [...]” (BRASIL, 2013).

Constata-se que o legislador brasileiro, em sintonia às críticas doutrinárias apontadas nesse ensaio, desafia à vocação contemporânea dos direitos humanos. Contrariando ao estabelecimento de um processo democrático que indique a *livre determinação* e a *participação* do indivíduo, preza pelo estabelecimento de grupos de pressão, para a realização de alguns interesses determinados. Desse modo, falando-se em democracia como direito humano, fala-se em violação a direitos humanos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

<sup>13</sup> Proposição do Deputado Federal pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) João Campos.

<sup>14</sup> Nesse sentido, a Declaração e Programa de Ação de Viena preconiza que “As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de usufruir a sua própria cultura, de professar e praticar a sua religião e de se exprimir na sua língua, tanto em privado como em público, livremente e sem interferências ou qualquer forma de discriminação.” (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1993, p. 6).

<sup>15</sup> Proposição do Deputado Federal pelo Partido da República (PR) Anderson Ferreira.

<sup>16</sup> Em que pese a postura do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, estendendo os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àquelas uniões (BRASIL, 2011a). Na ADPF 132, por sua vez, compreendeu a Corte Superior que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria direitos fundamentais (BRASIL, 2011b).



Falando-se em direitos humanos e democracia, fala-se em convergência. É que a partir do complexo normativo assentado no *International Bill of Human Rights*, a declarar direitos humanos, que são reforçados pela Declaração e Programa de Ação de Viena a eleger a democracia como o ambiente possível para que sejam realizados, reconhecem-se direitos ao indivíduo, permitindo a sua participação no processo democrático.

No entanto, o cenário em que os direitos humanos e a democracia vêm a se encontrar, em que pese detenha o conjunto normativo necessário ao respeito dos indivíduos, revela a possibilidade de inviabilização de direitos. Afinal, quando há referência a um sujeito de direitos, inevitavelmente, refere-se também aos valores que estão em seu entorno, à sua cultura e ao seu direito a essa cultura.

A democracia, compreendida como processo, abrange indivíduos com diferentes interesses. Aqueles, para a realização de seus interesses, por meio do acesso aos papéis institucionais de comando no processo democrático, utilizam discursos carregados com aspectos culturais-ideológicos que lhes são particulares, como justificção para o exercício do poder político, inviabilizando a realização de direitos de outros indivíduos.

Conquanto o processo democrático objetive alcançar a todos os indivíduos, não possui essa capacidade. Quando se fala em diferença, manifestam-se diferentes atores sociais, grupos de interesse ou grupos de pressão que advogam por causas particulares que se afastam dos fundamentos do Estado Democrático de Direito ou ainda colidem com o ele. Desse modo, falando-se em democracia como direito humano, fala-se em violação a direitos humanos.

Apontando-se ao caso do legislador no brasileiro, observam-se projetos legislativos carregados de valores relativos à cultura cristã a violar aos direitos humanos, que exigem respeito à diversidade cultural e às práticas religiosas. Afinal, afirmando-se que *todo o poder emana de Deus*, parece-se restabelecer um Estado confessional, empoderando instituições religiosas *definidas*, já que se fala de uma Frente Parlamentar *Evangélica*, quando lhes confere legitimidade para a proposição das *ações constitucionais*.

Aqueles projetos legislativos, ao afirmarem o poder político de um grupo de pressão, impõem valores relativos à cultura cristã, como o que diz respeito à entidade familiar, reconhecendo apenas casais heterossexuais, em que pese o tribunal constitucional brasileiro tenha reconhecido a união homoafetiva como entidade familiar, em respeito aos direitos humanos e fundamentais individuais dos casais compostos por pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, a partir das conclusões apresentadas, a hipótese de que as relações e as tensões entre os direitos humanos e a democracia criam óbices à realização dos direitos humanos é confirmada. Com efeito, no caso concreto, constata-se que o legislador brasileiro, atua em contraste à vocação contemporânea dos direitos humanos, amoldando indivíduos e as suas culturas às suas razões, violando a direitos humanos.



## REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário Direito e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

\_\_\_\_\_, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000a.

\_\_\_\_\_, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000b.

\_\_\_\_\_, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília. Universidade de Brasília, 2002. 2. v.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática democrática**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277**, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Britto, Julgado em: 05/05/2011a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132**, Tribunal Pleno. Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Brito, Julgado em 05/05/2011b. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6.583**, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 12**, de 2015. Altera a redação do parágrafo único do art. 1º da Constituição



Federal, para declarar que todo o poder emana de Deus. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1313782&filename=PEC+12/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313782&filename=PEC+12/2015)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 99**, de 2011. Acrescenta ao art. 103, da Constituição Federal, o inc. X, que dispõe sobre a capacidade postulatória das Associações Religiosas para propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante a Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=931483&filename=PEC+99/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=931483&filename=PEC+99/2011)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CULLETON, Fernando; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO; Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DAHL, Robert A.. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONNELLY, Jack. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26194-26196-1-PB.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

DUARTE, Tatiane dos Santos. **“A casa dos ímpios se desfará, mas a tenda dos retos florescerá”**: a participação da Frente Parlamentar Evangélica no legislativo brasileiro. 2011. 229f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9803/1/2011\\_TatianeSantosDuarte.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9803/1/2011_TatianeSantosDuarte.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2015.



GONZATTO, Marcelo. Saiba como a bancada evangélica pode mudar a sua vida. **Zero Hora**, Porto Alegre, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/02/saiba-como-a-bancada-evangelica-pode-mudar-a-sua-vida-4704370.html>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

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

LAMOUNIER, Gabriela Maciel; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A internacionalização dos direitos humanos. **Jurisway**, [s.l.], mar. 2008. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=572](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=572)>. Acesso em: 01 abr. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

NUNES, João Arriscado. **Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos**. In: BALDI, C. A. (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. In: BALDI, C. A. (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.



SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SUPTITZ, Carolina Elisa. **O Instrumento Jurisdicional da Audiência Pública e os Movimentos de Sincronia e Anacronia com Relação à Comunidade Contemporânea.** 2008. 202f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp112707.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do estado.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.



## **PRESCRIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E SEUS EFEITOS PARA MENORES E INCAPAZES NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DE PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-RECLUSÃO**

*Marlise Buzatto<sup>1</sup>  
Dauro Vinicius do Nascimento e Silva<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Os institutos da decadência e da prescrição tem como premissa o tempo, porém, produzem efeitos diversos que podem atingir o próprio direito ou apenas o direito de ação.

A Lei previdenciária não deixa claro quais são os efeitos da prescrição em relação às pessoas relativamente ou absolutamente incapazes. Tal dispositivo joga esta responsabilidade para o Código Civil que apenas distingue-os, mas também não esclarece.

No presente trabalho serão estudados, a luz da legislação e da jurisprudência, quais são os efeitos da prescrição previdenciária para menores e incapazes nos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão quando pagos individualmente ou por redistribuição de cotas.

### **1. DECADÊNCIA PREVIDENCIÁRIA**

Após muitas controvérsias existentes entre os institutos da decadência e da prescrição no âmbito do direito civil, o Código Civil de 2002, distinguiu sua aplicação nos seus artigos 205 e seguintes. Também a legislação previdenciária é clara neste sentido, estando elencado no artigo 103 da Lei nº 8213/91.

Conforme Kravchychyn a decadência importa “[...] na extinção de um direito pelo fato de seu titular não exercê-lo durante certo prazo de tempo” (KRAVCHYCHYN, 2012, p. 38).

Ibrahim conceitua a decadência como o instituto que “[...] fulmina o direito, excluindo por via indireta qualquer possível pretensão do interessado”, com exceção do direito adquirido, pois este tem garantia constitucional. Ainda, para o mesmo autor “[...] a decadência somente poderá atingir direitos protestativos, nunca o direito concreto, individualizado, já incorporado no patrimônio jurídico do segurado [...]” (IBRAHIM, 2014, p. 420).

No âmbito previdenciário, o artigo 103 da Lei nº 8.213/91 elenca que:

Artigo 103 - É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao

<sup>1</sup> Aluna egressa do Curso de graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo. E-mail: marlise.buzatto@gmail.com

<sup>2</sup> Aluno Egresso do Curso de graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo. E-mail: daurovinicius@gmail.com



do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo (BRASIL, 1991).

Como pode-se observar, no âmbito previdenciário a decadência atinge somente a revisão do ato de concessão do benefício e a impugnação da decisão indeferitória no âmbito administrativo, se não houver decisão administrativa por falta de requerimento do beneficiário não pode se falar em decadência (VIANNA, 2014, p. 613).

## 2. PRESCRIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Em relação à prescrição, Kravchychyn afirma que esta “[...] atinge normalmente a possibilidade de se exigir algum direito, ou seja, a pretensão de tê-lo e a ação para garanti-lo” (KRAVCHYCHYN, 2012, p. 5).

Para o mesmo autor, a prescrição no direito previdenciário:

[...] não atinge o direito, mas apenas a possibilidade de cobrança de parcelas devidas mais antigas. Não existe o impedimento da cobrança de todas as parcelas, ou seja, a prescrição não impede a prescrição e a ação completamente, apenas limita no tempo a quantidade de parcelas a serem recebidas (KRAVCHYCHYN, 2012, p. 59).

Este espaço de tempo para o segurado reclamar o seu direito está regulado no parágrafo único artigo 103 da Lei nº 8.213/91, a qual diz que: “Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil” (BRASIL, 1991).

## 3. DIFERENÇA ENTRE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO

Como visto, tanto o instituto da prescrição como o da decadência tem como premissa o tempo, que de acordo com o artigo 103 da Lei nº 8.213/91 é de cinco anos para a primeira e de 10 anos para a segunda. Transcorrido este prazo o direito, ou o direito de ação do segurado poderá ser atingido por estes institutos (BRASIL, 1991).

Para distinguir a decadência da prescrição, Neves, diz que “Podemos, de grosso modo, determinar duas regras facilitadoras: a natureza do direito determina se ele sofrerá a ação da prescrição ou da decadência – os direitos subjetivos propriamente ditos são consumidos pela prescrição, os direitos protestativos, pela decadência” (NEVES, 2008, p. 23).

Outra importante diferença entre ambos os institutos está ligado ao tipo de pedido e as consequências jurídicas da inação do titular do direito pleiteado. Conforme Neves, “Se o pedido for condenatório, o direito está submetido à prescrição. Se o pedido for constitutivo, positivo ou negativo, e houver prazo





legal cominado para o exercício do direito, este decurso terá natureza decadencial” (NEVES, 2008, p. 23).

No âmbito previdenciário, a prescrição está relaciona a impossibilidade de cobrança de valores devidos na forma de benefícios se o segurado deixar decorrer certo tempo antes de exigí-lo, sendo este lapso de tempo de cinco anos. Já a decadência está relacionada ao ato de revisão de concessão do benefício e a impugnação da decisão indeferitória no âmbito administrativo, com lapso de tempo de dez anos.

Neste norte, percebe-se que ambos os institutos estão relacionados a certo espaço de tempo para o detentor de um direito exercê-lo, mas possuem algumas particularidades, dentre outras, a prescrição para menores e incapazes nos benefícios previdenciários pagos aos dependentes.

#### **4. PRESCRIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E A SEGURANÇA JURÍDICA**

Diante da análise da doutrina e da jurisprudência, entende-se que o princípio da segurança jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e visa trazer a estabilidade nas relações jurídicas, pois implica na proteção contra alterações bruscas na realidade fático jurídica dos cidadãos. Não está expresso em nossa Constituição, mas apresenta-se de forma tácita em muitos dispositivos, como no caso da prescrição.

Segundo Cavalcanti “A prescrição, como desdobramento do vetor da segurança jurídica, tem por função primordial de estabilizar as relações jurídicas em razão da inércia do titular do direito subjetivo tido por violado em não agir para corrigir a violação conflagrada contra o seu patrimônio jurídico” (CAVALCANTI, 2014).

Neste sentido, verifica-se que a prescrição nas relações previdenciárias contribui para estabelecer a segurança jurídica, pois segundo Lazzari e Castro, a prestações previdenciárias “[...] emprestam características de direitos indisponíveis, atendendo a uma necessidade de índole eminentemente alimentar [...] o direito ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão-somente as prestações não reclamadas dentro de certo tempo [...]” (LAZZARI; CASTRO, 2014, p. 1).

Devido a necessidade de uma segurança jurídica por parte dos cidadãos e do estado, que traga a certeza na existência de um direito, a prescrição previdenciária veio colaborar com este princípio, fazendo com que o cidadão tenha os seus direitos de ação limitados a certo espaço de tempo, caso contrário, se estabeleceria um verdadeiro caos nas relações jurídicas, pois os direitos poderiam ser exigidos em qualquer tempo ou época.

#### **5. EFEITOS DA PRESCRIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PARA MENORES E INCAPAZES NA PENSÃO POR MORTE E NO AUXÍLIO-RECLUSÃO**

A pensão por morte é o benefício pago aos dependentes do segurado que falecer, estando este aposentado ou não no momento de sua morte (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 807).



Já o auxílio-reclusão, é o benefício pago aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido a prisão, desde que este não esteja recebendo remuneração de empresa, aposentadoria, abono de permanência no serviço ou auxílio-doença (AMADO, 2015, p. 743).

Quanto ao início do pagamento do benefício de pensão por morte, o artigo 74 da Lei nº 8.213/91 diz que:

Artigo 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

- I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste
- II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior
- III - da decisão judicial, no caso de morte presumida. (BRASIL, 1991).

Como exposto no artigo supra o início do pagamento da pensão por morte, será devido do óbito, se requerido em até 90 dias deste; da data do requerimento, se requerido após este prazo; ou da decisão judicial, em caso de morte presumida.

Já no que se refere ao início do pagamento do benefício de auxílio-reclusão, também a Lei 8213/91 esclarece que a data do início do benefício será o momento do efetivo recolhimento do segurado a prisão, se requerido 90 dias depois deste, ou na data do requerimento, se posterior.

Vale ressaltar que a data do início do pagamento do benefício da pensão por morte difere da data de início do pagamento do auxílio-reclusão apenas no que tange a morte presumida, na qual o direito previdenciário dá tratamento específico, completamente diferente do Direito Civil.

No direito previdenciário, o reconhecimento da morte presumida apenas autoriza o dependente a perceber o benefício previdenciário provisório, normalmente, fundamental à sobrevivência do beneficiário, e não se confunde com a declaração de ausência do Código Civil para fins sucessórios, em que os trâmites são bem mais rigorosos e demorados.

Neste sentido, Amado dispõe: “[...] o reconhecimento da morte presumida, com o fito de concessão de pensão previdenciária, não se confunde com declaração de ausência regida pelos diplomas civil e processual. In casu, obedece-se ao disposto no artigo 78 da Lei nº 8.213/91” (AMADO, 2015, p. 723).

Destaca-se neste ponto o entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. DECLARAÇÃO DE MORTE PRESUMIDA. PROCEDIMENTO. [...]. A declaração de morte presumida para fins previdenciários não se destina à proteção do ausente nem à administração de seus bens, mas tão somente à percepção de benefício previdenciário e não impõe nenhum gravame ao desaparecido, pois tem como escopo possibilitar a seus dependentes tão-somente a habilitação à prestação previdenciária, não repercutindo sequer nas questões atinentes à sucessão do de cujus, as quais obedecem procedimentos e preceitos diversos, razão pela



qual, caso venha a ser concedida a pensão por morte na esfera administrativa e se tenha notícias do desaparecido, o INSS poderá, a qualquer momento, cancelar o benefício. 4. Apelação do INSS desprovida. (TRF-2 - AC: 200651100004234, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 23/09/2010, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 04/10/2010) (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2010).

Na seara previdenciária, para a declaração de morte presumida e concessão da pensão por morte provisória é observado o disposto no artigo 78 da Lei nº 8.213/91:

Artigo 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé (BRASIL, 1991).

Observa-se de acordo com o disposto no artigo supracitado, que os dependentes do segurado terão que aguardar 6 meses de ausência do mesmo, para então entrar com o pedido de declaração de morte presumida e aguardar que seja proferida por sentença judicial, quando seus dependentes terão direito a concessão de uma pensão provisória.

Porém, destaca-se que o prazo entre a efetiva ausência do segurado, o ajuizamento da ação e a sentença declaratória de ausência, pode ser longo, e os dependentes do segurado ficariam sem assistência financeira neste período, o que segundo Amado, “[...] pode se afigurar injusta e irrazoável em processos judiciais que demoram muitos anos [...]” (AMADO, 2015, p. 723).

Neste sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a retroação das parcelas vencidas desde a data da propositura da ação:

AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE PRESUMIDA. RETROAÇÃO DA DIB. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INOCORRÊNCIA. 1. A Lei nº 8.213/91 prevê que o benefício da pensão por morte é devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, a contar da data do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste (inciso I, do art. 74); do requerimento, quando requerida após o referido prazo (inciso II); e da decisão judicial, no caso de morte presumida (inciso III), após seis meses de ausência do segurado, de acordo com o disposto no art. 78 da supracitada lei. 2. No caso em tela, todavia, a autora ajuizou a ação declaratória de ausência em 1996, na Comarca de Duque de Caxias. A sentença que declarou a morte presumida de Gilberto Pereira Gomes só foi



proferida em 2003, pelo Juízo Federal da 5ª Vara Federal de São João de Meriti, após julgamento de conflito de competência. 3. Consta-se que a autora teve que esperar por aproximadamente sete anos para obter a declaração de morte presumida de seu marido [...]. 4. Não é por outro motivo que a regra prevista no inciso III, do art. 74, vem sendo questionada judicialmente, tendo esta Corte já decidido que a demora na tramitação da ação declaratória, quando não de responsabilidade da parte autora, não pode prejudicá-la na fixação do termo inicial da pensão, que deve retroagir à data da propositura da ação, em respeito ao princípio da isonomia. 5. Inexistindo qualquer elemento que possa fazer inferir que a autora concorreu de alguma forma para a demora na tramitação da ação declaratória, faz jus aos valores relativos a seu benefício a partir do ajuizamento da ação declaratória de ausência [...]. 7. Agravo interno desprovido. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. (TRF-2 - AC: 200851100011739, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 28/06/2011, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 05/07/2011) (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2011).

Conforme jurisprudência supra, percebe-se que os tribunais entendem que o fato gerador do benefício é a data do desaparecimento e não a da decisão judicial que declare a ausência.

Também, o artigo 74 da Lei nº 8.213/91, supracitado, elenca também, que se desaparecimento do segurado ocorrer em decorrência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes terão direito à pensão provisória independente da declaração de ausência, desde a ocorrência do evento, se requerido em 30 (BRASIL, 1991).

Segundo Amado, “Caso o segurado reapareça, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigando os dependentes da reposição dos valores dos valores recebidos, salvo comprovado má-fé” (AMADO, 2015, p. 724).

Após breve análise sobre o início do pagamento dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão, será estudado o pagamento das cotas individuais e a redistribuição de cotas nos benefícios supracitados.

## **6. COTA INDIVIDUAL DA PENSÃO POR MORTE E AUXÍLIO-RECLUSÃO**

Como visto anteriormente o início de pagamento dos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão seguem as regras supracitadas. Caso o dependente do segurado não requeira os benefícios de auxílio-reclusão ou pensão por morte no prazo estipulados legalmente, conforme disposto acima, este poderá ser atingido pela prescrição, podendo o mesmo somente requerer as parcelas das prestações previdenciárias referentes a certo período, conforme visto a seguir.

A regra prescricional a ser aplicada no caso de prestações previdenciárias, está elencada no artigo 103 da Lei nº 8.213/91 a qual dispõe:



[...] Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil (BRASIL, 1991).

O prazo prescricional trazido pelo dispositivo legal anteriormente citado prevê a prescrição em cinco anos das prestações vencidas ou qualquer restituição ou diferenças devidas pela Previdência Social, mas ressalva o caso dos menores, incapazes e ausentes, dizendo que está ocorrerá na forma do Código Civil.

Por sua vez, o artigo 198, inciso I do Código Civil, dispõe: “Artigo 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o artigo 3º [...]” (BRASIL, 2002).

O artigo 3º do Código Civil traz o rol das pessoas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

Artigo 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (BRASIL, 2002).

Já o artigo 4º do Código Civil traz o rol das pessoas relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

Artigo 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos (BRASIL, 2002).

O artigo 79 da Lei nº 8.213/91, ao tratar do benefício pensão por morte assim preconiza: “Artigo 79. Não se aplica o disposto no artigo 103 desta Lei ao pensionista menor, incapaz ou ausente, na forma da lei” (BRASIL, 1991).

Observa-se que o Código Civil e a Lei nº 8.213/91, dispõe que não corre prescrição contra o incapaz, menor ou ausente, mas não deixam bem claro a qual tipo de incapaz o instituto da prescrição não irá operar, se aos absolutamente incapazes do artigo 3º ou aos relativamente incapazes do artigo 4º do Código Civil, cabendo então à doutrina e a jurisprudência fazê-lo.

Note, que o artigo 103 da Lei nº 8.213/91 diz que não corre prescrição para os menores, incapazes ou ausentes, na forma do Código Civil. Já o Código Civil, em seu artigo 198 diz que a prescrição do artigo 103 da Lei nº 8.213/91, não corre para os incapazes do artigo 3º do Código Civil, ou seja, para os absolutamente incapazes. Porém o artigo 79 da Lei nº 8.213/91 dispõe



não se aplica para menores, incapazes e ausentes o disposto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91, ou seja, a prescrição quinquenal.

Entretanto, diante de tal controvérsia entende-se que o absolutamente incapaz não será atingido pela prescrição. Já com relação ao relativamente incapaz, existem dúvidas, as quais se deixa por conta da jurisprudência dirimir tais questionamentos.

Amado observa que no caso dos menores absolutamente incapazes “[...] não ocorrerá à prescrição. A Jurisprudência e o próprio INSS vêm entendendo que o benefício será devido desde a data do falecimento, mesmo que o requerimento seja protocolizado após 90 dias do óbito, equiparando-se aos menores de 16 anos, os incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil [...]” (AMADO, p. 723).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o absolutamente incapaz não é atingido pela prescrição, ou seja, terá direito ao benefício desde o óbito ou a prisão do segurado, mesmo que faça o requerimento 30 dias após seu óbito. Goes reafirma este entendimento: “[...] No que diz respeito a pensão por morte, o dependente absolutamente incapaz tem direito ao benefício no período compreendido entre o óbito do segurado e a data do pedido administrativo” (GOES, 2015, p. 311).

Também Gomides, diz que:

[...] Não há dúvidas de que até a data em que completar 16 anos não corre a prescrição em desfavor do menor absolutamente incapaz. Todavia, no dia em que o menor, agora relativamente incapaz, completar 16 anos de idade (dies a quo), o prazo prescricional começa a correr contra si e, em se tratando da prescrição das parcelas, e não do direito de ação, eis que como vimos afasta-se a prescrição do fundo de direito no campo previdenciário, a prescrição vai atingindo, mês a mês, as prestações sucessivas vencidas anteriormente ao quinquênio contado a partir da data da propositura de ação em que se persegue o reconhecimento do direito (GOMIDES, 2014, p. 3).

Neste sentido, é o entendimento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFICIÁRIO MENOR IMPÚBERE À DATA DA ENTRADA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. EFEITOS FINANCEIROS A CONTAR DA DATA DE ENCARCERAMENTO E NÃO DA DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO INCISO II DO ARTIGO 74 DA LEI 8.213/1991 AOS MENORES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES. REPRESENTATIVO DA TNU NO PEDILEF 0508581-62.2007.4.05.8200/PB. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O requerente pediu, em 15/09/2008, a concessão de auxílio-reclusão pelo encarceramento de seu pai, em 28/05/2005, sendo-lhe deferido da data do requerimento e não da data do fato gerador, aplicando-se ao caso o disposto no artigo 74, II, da Lei 8.213/1991 [...]. A TNU consolidou seu entendimento no julgamento do representativo pedido de uniformização 0508581-



62.2007.4.05.8200/PB, da lavra do Juiz Federal Antônio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, em Sessão de 16/08/2012, determinando que não se aplica o dispositivo aos absolutamente incapazes, dada a sua natureza prescricional. São devidas as prestações desde o encarceramento [...] aplicado aos casos de auxílio-reclusão, para julgar procedente a pretensão do jovem autor da demanda, devendo ser pagas as diferenças de 28/05/2005 a 15/09/2008, conforme apurado em liquidação. (TNU - PEDILEF: 00241832920084013900 , Relator: JUIZ FEDERAL LUIZ CLAUDIO FLORES DA CUNHA, Data de Julgamento: 04/06/2014, Data de Publicação: 27/06/2014) (BRASIL, Tribunal Nacional de Uniformização, 2014).

Diante do exposto, percebe-se que a Jurisprudência é unânime em estabelecer que contra o absolutamente incapaz não ocorre a prescrição, tendo este direito ao recebimento das prestações previdenciárias desde o óbito do segurado, no caso de pensão por morte, ou de sua prisão, no caso de auxílio-reclusão, mesmo que o requerido tenha sido feito tempos depois de seu fato gerador.

Já no que tange os relativamente incapazes, de que trata- o artigo 4º do Código Civil, Goes reafirma o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, pois para este a menoridade a que se refere o artigo 79 da Lei nº 8.213/91 “[...] só desaparece com a maioridade, nos termos do artigo 5º do CC – segundo ao qual a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada a prática de todos os atos da vida civil -, e não aos dezesseis anos de idade” (GOES, 2015, p. 311).

A seguir decisão do Superior Tribunal de Justiça dispondo o seu posicionamento de que não corre a prescrição para os relativamente incapazes:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.405.909 - AL (2013/0324089-8) - RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA. R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO ARI PARGENDLER . RECORRENTE : S L DA S F (MENOR). REPR. POR : E M DA S. ADVOGADOS : FERNANDO LEOCÁDIO TEIXEIRA NOGUEIRA CARLA COTRIM UCHÔA LINS. RECORRIDO : INSS INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF. EMENTA .PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSIONISTA MENOR. INÍCIO DO BENEFÍCIO. A expressão 'pensionista menor', de que trata o artigo 79 da Lei nº 8.213, de 1990, identifica uma situação que só desaparece aos dezoito anos de idade, nos termos do artigo 5º do Código Civil. Recurso especial provido para que o benefício seja pago a contar do óbito do instituidor. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Ari Pargendler, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Ari Pargendler os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves. Brasília, 22 de maio de 2014 (data do julgamento). **(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014).**



Já, os Tribunais Federais entendem que corre a prescrição contra os relativamente incapazes:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. PRINCÍPIO DA DEVOLUTIVIDADE. VIOLAÇÃO. MENOR RELATIVAMENTE INCAPAZ. PRESCRIÇÃO. 1 - Sentença de primeiro grau que fixou o termo inicial do benefício de pensão por morte na data da citação. 2 - A retroação, de ofício, do dies a quo do benefício para a data do óbito do segurado viola o princípio tantum devolutum quantum appellatum. 3 - Ao menor relativamente incapaz por ocasião do requerimento, corre o prazo prescricional previsto no artigo 74 da Lei nº 8.213/91. 4 - Agravo legal do INSS provido (TRF-3 - AC: 113 SP 0000113-41.2005.4.03.6116, Relator: JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, Data de Julgamento: 29/09/2014, NONA TURMA) (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3º Região, 2014).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. FILHO MENOR. RELATIVAMENTE INCAPAZ. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ARTIGO 103, § ÚNICO, LEI 8.213/91. Ao completar 16 (dezesesseis) anos de idade, sendo relativamente incapaz, na forma do então Código Civil vigente, o autor não logrou o direito ao recebimento das parcelas referentes ao benefício de pensão por morte dentro do prazo que lhe era facultado, nos termos do artigo 103, § único, da Lei 8.213/91, ocorrendo a prescrição. (TRF-4 - AC: 5079 PR 2005.70.03.005079-0, Relator: VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Data de Julgamento: 01/10/2008, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 13/10/2008) (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4º Região, 2008).

Diante de tal discussão, entende-se que os incapazes do artigo 3º do Código Civil, ou seja, aos menores de 16, os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento, e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, não são atingidos pela prescrição.

Já quanto aos relativamente incapazes do artigo 4º do Código Civil, que são os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, e os pródigos, o entendimento da ocorrência ou não da prescrição não é consolidado. Os Tribunais Federais e o Superior Tribunal de Justiça divergem sobre o assunto, porém este último vem utilizando como critério a menoridade civil, o que subentende-se que para a relativamente incapazes de 16 a 18 anos não correria a prescrição e para os demais, elencados no mesmo dispositivo, também não operaria este instituto.

## 7. REDISTRIBUIÇÃO DE COTAS





O artigo 80 da Lei nº 8.213/91 diz que “O auxílio reclusão será devido nas mesmas condições da pensão por morte [...]”. Ao analisar este dispositivo, entende-se que a regra da redistribuição de cotas aplicada a pensão por morte deve ser aplicada ao auxílio-reclusão (BRASIL, 1991).

Ocorre que com a habilitação de mais de um dependente, o benefício será rateado em cotas iguais entre eles, mas se o benefício já houver sido concedido e, posteriormente, ocorre o pedido de inclusão de qualquer novo dependente, configurará habilitação tardia ou posterior, e neste caso ocorrerá a redistribuição de cotas do benefício.

Quando a regra para a redistribuição de cotas do benefício de pensão por morte o artigo 76 da Lei nº 8213/91 estabelece que:

Artigo 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

§ 1º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do artigo 16 desta Lei (BRASIL, 1991).

Conforme disposto na legislação previdenciária supracitada, entende-se havendo dependente habilitado, a concessão do benefício não será adiada devido à existência de outros possíveis dependentes, e que se algum outro dependente se habilitar posteriormente, somente terá direito a sua cota parte a partir de sua habilitação, e será recalculado o valor da cota parte dos demais dependentes, não tendo direito às prestações já recebidas pelos demais dependentes.

Quanto aos dependentes menores de 16 anos, incapazes ou ausentes, também o Instituto Nacional de Previdência Social, em sua Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, entende que:

Artigo 365. Caso haja habilitação de dependente posterior à concessão da pensão pela morte do instituidor, aplicam-se as seguintes regras, observada a prescrição quinquenal:

[...]

Se requerido após trinta dias do óbito, a DIP será na DER, ressalvada a existência de menor de dezesseis anos e trinta dias ou incapaz ou ausente, em que a DIP será no dia seguinte à DCB de pensão, relativamente à cota parte (BRASIL, 2015).

Também, o mesmo posicionamento pode ser observado na jurisprudência dos tribunais:



PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. MENOR IMPÚBERE. HABILITAÇÃO PRÉVIA DE OUTRO DEPENDENTE. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. 1. A autora, nascida em 19.09.1997, requereu em 05.07.2012 a concessão do benefício de pensão por morte de seu pai, falecido em 10.02.2011 (fl. 18). No entanto, o benefício já era percebido integralmente pela companheira dele (fls .60/61). 2. Nos termos do artigo 76 da Lei nº 8.213/91 "a concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação". 3. A quota-parte da pensão por morte é devida somente a partir da data do requerimento administrativo, mesmo tratando-se de menor impúbere, considerando que outro dependente já percebia o benefício, eis que previamente habilitado. 4. Apelação não provida.(TRF-1 - AC: 648015120134019199 , Relator: JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), Data de Julgamento: 10/09/2014, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 22/09/2014) (BRASIL, Tribunal Regional Federal, 2014).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - HABILITAÇÃO TARDIA DE FILHA DO SEGURADO - ARTS. 74 E 76 DA LEI 8.213/91 - DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO - REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. 1. Nos termos do artigo 74 da Lei de Benefícios, não requerido o benefício até trinta dias após o óbito do segurado, fixa-se o termo inicial da fruição da pensão por morte na data do pleito administrativo, que, no caso em apreço, ocorreu somente em 30/09/2010. 2. De acordo com o artigo 76 da Lei 8.213/91, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar desse episódio, de modo que não há que falar em efeitos financeiros para momento anterior à inclusão do dependente. 3. A concessão do benefício para momento anterior à habilitação da autora, na forma pugnada na exordial, acarretaria, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/91, inevitável prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplamente o valor da pensão, sem que, para justificar o duplo custo, tenha praticado qualquer ilegalidade na concessão do benefício à outra filha do de cujus, que já recebe o benefício desde 21/06/2004. 4. Recurso especial provido." (REsp 1377720/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 05/08/2013). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013).

Conforme observado na legislação e na jurisprudência supra, percebe-se que os menores, incapazes ou ausentes, em caso de habilitação tardia, quando houve outros dependentes já habilitados, também terão direito a sua cota parte somente a partir da habilitação e não do óbito ou da prisão do segurado, como os dependentes maiores e capazes. Subentende-se que a diferença estaria somente no instituto da prescrição quinquenal, onde os dependentes maiores e capazes teriam direito ao benefício a partir do requerimento, observando-se o prazo prescricional.

Os menores absolutamente incapazes, contra quem não correria a prescrição, teriam direito ao benefício a partir do requerimento, independente



do prazo prescricional de quinquenal. Já os dependentes relativamente incapaz, entende-se que receberia a sua cota a partir do requerimento ao benefício, mas caso houver corrido o prazo prescricional permanecerá a divergência existente entre os tribunais se este está sujeito ou não ao prazo prescricional, como no caso da habilitação individual, estudado anteriormente.

Destarte, percebe-se que tanto a legislação previdenciária como o posicionamento dos tribunais não parece justo, porque se ao menor a legislação concede o benefício de não ser atingido pela prescrição, pelo fato de que este não pode ser prejudicado pela inércia de seu responsável legal, deveria também não ser prejudicado por sua habilitação tardia quando houvessem dependentes já habilitado, e deveria este receber o benefício a partir do óbito do segurado e não do requerimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foram estudados os efeitos da prescrição previdenciária para menores e incapazes nos benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão, analisando-se as principais doutrinas, legislações e decisões dos tribunais na atualidade.

A pensão por morte, como supra mencionado, é o benefício pago aos dependentes do segurado que falecer aposentado ou não. Já o auxílio-reclusão trata-se de um benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido a prisão, desde que o segurado não esteja recebendo remuneração de empresa, aposentadoria de qualquer espécie, abono de permanência em serviço ou auxílio-doença.

No que tange a prescrição previdenciária, verificou-se que está relacionada a impossibilidade de cobrança de valores devidos na forma de benefícios se o segurado deixar decorrer certo tempo antes de exigí-lo, sendo este lapso de tempo de cinco anos. Já a decadência está relacionada ao ato de revisão de concessão do benefício e a impugnação da decisão indeferitória no âmbito administrativo, com lapso de tempo de dez anos.

Em relação aos efeitos da prescrição previdenciária para menores e incapazes, no pagamento de benefícios individuais, ocorre muitas divergências. O Código Civil e a Lei nº 8.213/91 deixam lacunas em relação ao tipo de dependente que não é atingido pela prescrição. Porém ao analisar tais dispositivos legais, a doutrina e as decisões dos tribunais, se verificou que o dependente absolutamente incapaz não será atingido por este instituto. Mas no que se refere aos dependentes relativamente incapazes, o entendimento da ocorrência da prescrição não é consolidado.

Neste óbice, os Tribunais Federais e o Superior Tribunal de Justiça divergem sobre o assunto, porém o Superior Tribunal de Justiça vem utilizando como critério a menoridade civil, o que subentende-se que para a relativamente incapazes de 16 a 18 anos não ocorreria a prescrição e para os demais, elencados nos artigo 4º do Código Civil, por consequência também não operaria este instituto.



Com referência a redistribuição de cotas de benefícios para menores e incapazes quando existirem outros dependentes já habilitados terão estes direito a sua cota parte somente a partir da habilitação e não do óbito ou da prisão do segurado. Entende-se que a diferença estaria somente no instituto da prescrição quinquenal, onde os dependentes maiores e capazes teriam direito ao benefício a partir do requerimento, observando-se o prazo prescricional, e os menores absolutamente incapazes, contra quem não correria a prescrição, teriam direito ao benefício a partir do requerimento, independente do prazo prescricional de quinquenal.

Entretanto, em relação ao dependente relativamente incapaz, se entende que este receberia a sua cota a partir do requerimento ao benefício, mas caso houver corrido o prazo prescricional permanecerá a divergência existente entre os tribunais se este está sujeito ou não ao prazo prescricional, como no caso da habilitação individual, estudado anteriormente.

Tanto a legislação previdenciária como o posicionamento dos tribunais não parecem justos, porque se ao menor a legislação concede o benefício de não ser atingido pela prescrição, pelo fato de que este não pode ser prejudicado pela inércia de seu responsável legal, deveria também não ser prejudicado por sua habilitação tardia quando houvessem dependentes já habilitado, e deveria este receber o benefício a partir do óbito do segurado e não do requerimento, sendo os valores já pagos a outros dependentes descontados das parcelas dos benefícios que teria que receber a partir da habilitação do dependente incapaz.

Caso a legislação e os tribunais consolidassem o seu posicionamento da não ocorrência da prescrição para menores absolutamente ou relativamente incapazes no pagamento de benefícios individuais ou no caso da redistribuição de cotas seria efetivada a proteção que a legislação constitucional e infraconstitucional deveria oferecer a esta classe mais fragilizada por sua própria condição.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 6 ed. Bahia: JusPodium, 2015.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Novas regras para a pensão por morte**. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/novas-regras-para-a-pensao-por-morte/>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Previdência Rural: Inclusão Social**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da república federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Presidência da República. Brasília. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.  
Acesso em: 28/04/2015.

BRASIL. Instituto Nacional de Previdência Social. Instrução Normativa **INSS/PRES nº 77**. Disponível em:  
<<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>.  
Acesso em: 27/10/2015.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45**, de 06 de agosto de 2010 - DOU de 01/08/2010. Disponível em: <[http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45\\_1.htm](http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm)>.  
Acesso em: 26/10/2015

BRASIL. **Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Presidência da República. Brasília Disponível em:  
<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9528.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9528.htm)>. Acesso em: 25/08/2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República. Brasília. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 17/03/2015.

BRASIL. **Lei nº 11.457, de 16 De março de 2007**. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal, altera as leis nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.910, de 15 de julho de 2004, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e o decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, revoga dispositivos das Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.910, de 15 de julho de 2004, 11.098, de 13 de janeiro de 2005, e 9.317 de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11457.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11457.htm).  
Acesso em 29/05/2015.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do Adolescente e dá outras providências Presidência da República. Brasília Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm) >.  
Acesso em: 25/08/2015.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providência. Presidência da República. Brasília Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 17/03/2015.



BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Presidência da República. Brasília Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 17/03/2015

BRASIL. **Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014.** Altera as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 10.876, de 2 junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm)>. Acesso em: 17/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula N. 336.** Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_28\\_capSumula336.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula336.pdf)>. Acesso em: 26/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1476567/MG.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/144441808/agrg-no-recurso-especial-n-1476567-mg-do-stj>>. Acesso em: 26/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1482391/PR.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183760584/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1482391-pr-2014-0238628-3>>. Acesso em: 26/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **APELREEX: 210398920144049999 SC 0021039-89.2014.404.9999.** Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202434820/apelacao-reexame-necessario-apelreex-210398920144049999-sc-0021039-8920144049999>>. Acesso em: 22/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.405.909-AL.** Disponível em: <[www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0546.rtf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0546.rtf)>. Acesso em: 25/10/015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1377720/SC.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23914401/recurso-especial-resp-1377720-sc-2013-0089140-4-stj/inteiro-teor-23914402>>. Acesso em: 25/10/015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1479564 SP 2014/0193771.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152379365/recurso-especial-resp-1479564-sp-2014-0193771-0>>. Acesso em: 22/08/2015.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula N. 416**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014\\_39\\_capSumula416.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_39_capSumula416.pdf)>. Acesso em: 24/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 22/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4878**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224245>>. Acesso em: 22/08/2015.

BRASIL. Tribunal Nacional de Uniformização. **TNU - PEDILEF: 00241832920084013900**. Disponível em: <<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/161395068/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-241832920084013900>>. Acesso em: 25/10/015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1º Região. **AC: 648015120134019199**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=DEPENDENTE.+TERMO+INICIAL&c=>>>. Acesso em: 25/10/015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2º Região. **AC 200651100004234**. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23504072/ac-apelacao-civel-ac-200651100004234-trf2>> . Acesso em: 25/10/015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4º Região. **AC 0000113-41.2005.4.03.6116**. Disponível em: < <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1314623/apelacao-civel-ac-5079>> . Acesso em: 25/10/015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4º Região. **AC: 5079 PR 2005.70.03.005079-0**. Disponível em: < [www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FILHO MENOR](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FILHO%20MENOR) > . Acesso em: 25/10/015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2º Região. **AC: 200851100011739**. Disponível em: < <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23489713/ac-apelacao-civel-ac-200851100011739-trf2> > . Acesso em: 13/12/015.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, **Súmula 37/TNU**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=37>>. Acesso em: 26/08/2015.

CASTRO, Carlos Alberto Ferreira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



CAVALCANTI, Joaldo Karolmenig de Lima. **Prescrição de fundo de direito no Direito Previdenciário.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,prescricao-de-fundo-de-direito-no-direito-previdenciario,46950.html>>. Acesso em: 01/11/2015.

EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Curso de Direito Previdenciário.** 8º ed. Rio de Janeiro: Elesier, 2010.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário.** 10 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2015.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário.** 4 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011.

GOMIDES, Geandré. **Prescrição previdenciária contra menor relativamente incapaz.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33987/prescricao-previdenciaria-contra-menor-relativamente-incapaz>>. Acesso em: 26/10/2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e Decadência no Direito Previdenciário em Matéria de Benefícios.** 3 ed. São Paulo: LTR, 2012.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. Prescrição e decadência em matéria de benefícios. In: **Âmbito Jurídico.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2805](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2805)>. Acesso em: 02/11/2015.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. **Prescrição e Decadência No Direito Civil.** 2 Ed. Rio de Janeiro. Ed. Juris Editora, 2008.

RAMALHO, Marcos de Queiroz. **A Pensão Por Morte no Regime Geral de Previdência Social.** 2 ed. São Paulo: LTR, 2010.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário.** 7 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.





## **DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: ESTUDO SOBRE A PRIVATIZAÇÃO DAS CADEIAS**

*Mateus Ciochetta Minuzzi<sup>1</sup>  
Renata Allegretti de Brum<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho acadêmico tem como objetivo avaliar a possibilidade da privatização do sistema carcerário brasileiro. Para tanto, inicia-se o estudo no direito comparado, avaliando o sistema prisional dos Estados Unidos, da França e da Inglaterra, mostrando suas vantagens e desvantagens. Feitas as considerações necessárias, o enfoque será acerca da viabilidade e possibilidade de privatização do sistema carcerário no Brasil, adentrando em três principais tópicos: a situação das prisões do Brasil, os métodos de ressocialização e efetivação, bem como, os posicionamentos acerca das privatizações.

### **1 DO DIREITO COMPARADO**

Pode-se dizer que a problemática encontrada em relação aos déficits de atendimento e às más condições das prisões, são quesitos encontrados de forma esparsa em países desenvolvidos e em desenvolvimento. A partir dessa premissa, os Estados Unidos, de forma precursora, deram o primeiro passo às chamadas prisões privatizadas, no intuito de retirar do Estado a incumbência referente à manutenção, e mais especificamente, as custas dos mesmos.

É de comum acordo em quase todos os países, em relação de como o tratamento deve ser direcionado de forma digna ao apenado, prezando sempre a dignidade, o respeito e não se permitindo a discriminação desses, ficando o apenado ciente de todas as fases de seu processo, e o estado em que se encontra.

Na década de 80, surgiu um movimento conhecido por “campanhas de lei e ordem” (LEMGRUBER apud COSTA). Juntamente à década de 80, surgiu a ideia de se privatizar as prisões, conforme afirma Duarte:

[...] Em meados de 1980 surgiu a ideia de privatizar as prisões, no governo de Ronald Reagan, este pretendia livrar os gastos e despesas das construções de penitenciárias imprimindo assim ao setor carcerário privatizado, onde garantissem a eficácia e eficiência que o poder público era incapaz de dar, em troca, proporcionava os bons lucros para as empresas que aderissem ao negócio (Duarte, 2012, s.p.).

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de direito da URI Santo Ângelo e conciliador Cível e Criminal dos Juizados Especiais do TJRS; minuzzi2009@hotmail.com

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de direito da URI Santo Ângelo; renata.allegretti@hotmail.com



Conforme já mencionado, o modelo de prisão privatizada nos Estados Unidos surgiu em meados de 1980. Modelo de prisão no qual o Estado paga à iniciativa privada, que cuida da prisão, por cada preso que ali encontra-se encarcerado (OLIVEIRA, 2002, p.59).

O modelo norte-americano de privatização rege seu caminho administrativo de direção, totalmente desconectado do poder do Estado. Deste modo, os estudos mostram que da totalidade de presos existentes, cerca de 9% desses ocupam lugares nas penitenciárias privadas, as quais ofertam um tratamento individualizado a cada detento (OLIVEIRA, 2002, p. 59 e 60).

Há de se destacar três modelos de presídios privatizados nos Estados Unidos, cada um regido a sua forma, conforme segue:

No primeiro modelo, o presídio construído pela iniciativa privada é alugado ao Estado, que o administra. No segundo, em presídio público, só a direção é pública. Os serviços são prestados pela iniciativa privada. No modelo integral, [...], a diária básica de preso é inferior em US\$ 25,00 por sai em relação à de uma prisão pública (1999, p. 19).

Na França, as privatizações foram obtidas através da inspiração encontrada nos Estados Unidos, porém com algumas diferenças no seu funcionamento. Aqui o método de privatização se valeu das licitações para a escolha das empresas privadas que fossem construir os estabelecimentos prisionais (DUARTE, 2012, s.p.).

Um fato importante a se ressaltar sobre a privatização das prisões na França é que "A primeira previsão legal envolvendo a privatização de prisão, no mundo, ocorreu com a aprovação da lei de 5 de agosto de 1850, pela Assembléia Nacional da França". No entanto, somente em 1985, seguindo os moldes dos sistemas penitenciários privatizados norte-americanos que o modelo de prisão foi efetivado, perpassando o mero texto de lei para a concretização da privatização (OLIVEIRA, 2002, p. 58 e 60).

Conforme Oliveira refere "[...] na França foi implantado um modelo de dupla responsabilidade, cabendo ao próprio Estado e ao grupo privado o gerenciamento e a administração conjunta de estabelecimento" (OLIVEIRA, 2002, p. 60). Houve então, um entendimento de cogestão entre o Estado e os grupos privatizados, conforme explica Duarte:

[...]Desta forma havendo um sistema de cogestão, os grupos privatizados juntamente com o Estado realizam parceria entre a administração e o gerenciamento dos estabelecimentos prisionais; o Estado arcando com a execução penal e segurança interna e externa da prisão, enquanto a empresa privada fica encarregada de promover o trabalho, transporte, educação, alimentação, lazer, dando assistência social, espiritual, jurídica e a saúde física e mental do preso, recebendo assim do Estado uma quantia determinada por preso/dia para tal execução desses serviços (DUARTE, 2012, s.p.).

Para tanto, esse modelo de cogestão é regido por três normas principais, tais sejam:

a) ao Estado compete a indicação do diretor-geral do estabelecimento, relacionamento com o juízo de execução penal e responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão; b) à empresa privada incumbem as tarefas de promover, no estabelecimento prisional, o trabalho, a educação, o transporte, a alimentação e o lazer, bem como a assistência social, jurídica, espiritual e a saúde física e mental do preso; c) pelas atividades acima indicadas, o Estado paga por preso, por dia, à empresa privada, 150 francos (cerca de 25 dólares) (OLIVEIRA, 2002, p. 60).

Em relação aos números, da totalidade de presos da França, encontram-se cerca de 11% dos detentos em prisões privatizadas. Desses detentos, tem-se a separação em celas, uma vez que os presos do setor privado não ficam juntos com os detentos do setor público (OLIVEIRA, 2002, p. 60).

Na Inglaterra, assim como nos Estados Unidos e na França, somente se pensou em privatizar por conta da superlotação das penitenciárias e junto a isso, o elevado custo despendido pelo Estado para manutenção das prisões (SANTOS, 2008, s.p.).

Por fim, a privatização na Inglaterra surgiu também na década de 80. As prisões privatizadas tinham o intuito de estimular empreendimentos conjuntos envolvendo os setores públicos e privados (SANTOS, 2008, s.p.).

Como toda privatização prisional visava um desafogamento financeiro e de celas, na Inglaterra, o governo colaborou por 25 anos com uma contrapartida de valores e seus presídios reformulados de uma maneira a preservar a dignidade do apenado, tanto quanto impossibilitando a fuga dos mesmos. Nesse ponto, Santos exemplifica as prisões privatizadas na Inglaterra como:

[...] Não há guaritas nem cercas elétricas, os guardas trabalham desarmados. [...]. Os presídios são monitorados por câmeras de TV móveis nas partes internas e externas. Nas penitenciárias, entre o alambrado e a muralha existe no chão um sistema de alarme com fibras ópticas que impede o preso de cavar túneis. Cada cela abriga, na maioria dos presídios, dois detentos. Os primários jamais ficam na mesma cela que o reincidente. (SILVA apudSANTOS).

No modelo privatizado Inglês, o Estado somente o auxilia em relação ao transporte dos presos para compromissos junto ao judiciário, sendo audiências ou julgamentos. Nesse modelo o ente privado arca com todas as despesas de manutenção do presídio (DUARTE, 2012, s.p.).

Demonstrado, através do estudo comparado, um pouco dos aspectos gerais e de funcionamento das prisões privatizadas pelos países dos Estados Unidos, França e Inglaterra, parte-se para a apresentação das vantagens e desvantagens encontradas nos mesmos.

## **2 CONCLUSÕES FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS**

Considerando que a problemática encontrada tanto nos Estados Unidos, como na França e Inglaterra, gira em torno dos valores gastos pelos Estados para com os seus encarcerados, em relação aos dados, COSTA afirma que “a população prisional dos Estados Unidos é incrementada diariamente, em 700 novos encarcerados; o custo anual do preso norte-americano é de US\$ 30.000,00” (COSTA, 1999, p. 31).

Acerca dessa desvantagem, Duarte ressalta ainda que:

[...] Nos Estados Unidos dos 2 milhões de pessoas que cumprem penas, mais de 400 mil trabalham neles. O departamento de Justiça americano relata que a economia que o governo obtém com um presídio privado é apenas 1% quanto a um presídio mantido pelo Estado, há posição que afirmar que estes possuem leis mais duras e encarceramentos longos. Mas o foco e principal objetivo desse sistema é quando a gestão é privada, ocorre a implementação de novas unidades com menor custo e construção mais rápida, se trata de uma solução para países que possuem déficits de vagas (DUARTE, 2012, s.p.).

A maior vantagem encontrada, nos presídios privatizados é que cada cela abrigará no máximo duas pessoas, em casos excepcionais, terão mais de duas pessoas, fato que diverge bruscamente das penitenciárias públicas. Outro ponto positivo é o trabalho do detento, que é colocado como uma ferramenta de recuperação e reinserção na sociedade (DUARTE, 2012, s.p.).

Do trabalho prestado, o valor que é despendido pelo Estado com a manutenção e guarda do detento durante seu encarceramento é recuperado a partir de seu trabalho, tendo retorno cerca de 80% de valores (DUARTE, 2012, s.p.).

A economia encontrada em um presídio privatizado nos Estados Unidos é de aproximadamente 1% em relação aos gastos despendidos pelo presídio público. Tal fato, de pouca economia, se traduz nas penas, ou seja, por se tratarem de penas mais longas e severas no presídio privatizado, a economia tende a ser mínima (DUARTE, 2012, s.p.).

Como tudo gira em torno de lucros e gastos, os empasses nos Estado Unidos se dão por conta do trabalho empreendido pelo preso, o qual é pouco remunerado, uma vez que o salário mínimo é de 05 dólares por hora e o do preso é de apenas 0,28 dólares por hora. Com isso, ocasionando o enriquecimento de empresas e empresários (SANTOS, 2009, s.p.).

A prisão privatizada tende a ter uma economia Estatal de cerca de 7%, com isso uma ocupação máxima de 100% das acomodações da prisão. Aqui não se permite a superlotação de celas, cada uma foi projetada para um limite de pessoas (CONSULEX, 1999, p. 19).

Existem queixas sobre as prisões privatizadas nos Estados Unidos, onde, ainda, ocorrem as torturas e maus-tratos dos presos. Ainda, outro ponto desvantajoso é que o número de presos aumentou e com isso, as penas são mais longas, trazendo mais lucros às empresas privadas, fatos que levam os



defensores de direitos humanos a crerem que "a prisão tornou-se um depósito de pobres" (MENEZES, 2014, s.p.).

Nesse mesmo compasso segue os presídios privatizados na Inglaterra, onde a reincidência tem aumentado e, com isso, os presídios com população mais numerosa (FRANZ, 2010, p. 39).

Outro ponto controvertido da privatização das prisões são os salários, onde um agente prisional recebe cerca de 30% a mais que um professor de universidade, assistente. Surgindo então, o debate "o país dos Estados Unidos gasta mais com presidiários que em educação à classe propícia a criminalidade" (FRANZ, 2010, p. 37).

Há ainda a problemática, sobre a privatização dos presídios nos Estados Unidos, conforme a crítica feita por Minhoto, de que essa solução para redução de gastos "não gerou um corte de custos para o Estado, Por outro lado, a qualidade dos serviços com o tempo vem se precarizando e a estrutura jurídica tem sido insuficiente para fiscalizar a gestão privada" (MINHOTO apud MOREIRA, 2015, s.p.).

O sistema penitenciário privatizado dos Estados Unidos recebe inúmeras críticas por ser considerado um ingrediente da economia americana, trazendo grandes lucros às empresas privadas. Desse modo, LOTKE refere que:

[...]o grande atrativo da administração privada das prisões e das companhias de serviços é simples: eles podem realizar nas prisões o mesmo trabalho feito pelo governo a um custo mais baixo, normalmente de 5% a 15% abaixo dos custos do setor público. [...]. Em detrimento dos salários dos empregados e no não investimento em serviços que poderiam transformar os presos em membros produtivos da sociedade quando libertados, pois companhias preocupadas com os lucros preferem evitar os custos com tratamento para viciados, aconselhamento em grupos, programas de alfabetização (LOTKE apud MOREIRA).

Na Inglaterra, também se teve o interesse de diminuir as custas despendidas pelo Estado com as prisões públicas, o que se logrou êxito com as privatizações. Os gastos despendidos pelo Estado com a prisão pública, por semana, eram de aproximadamente 440 libras, em contrapartida, o gasto semanal despendido com o presídio privatizado era de aproximadamente 310 a 350 libras (FRANZ, 2010, p. 40).

Nesse compasso, denota-se que os contratos procedidos na Inglaterra, sempre são favoráveis às empresas privadas, dando margem a superlotação dos presídios e ganhos para essas. Conforme afirma MINHOTO apud MOREIRA:

[...]os interesses econômicos e a administração dos presídios tendem a ser incompatíveis. O sistema prisional é um trabalho de natureza social e não econômica. [...] as empresas especializadas em gestão



penitenciária teriam constituídos poderosos lobbies<sup>3</sup> junto ao Congresso para leis penais mais duras (MINHOTO apud MOREIRA).

As penitenciárias privatizadas da França têm uma economia de aproximadamente 40% nos gastos despendidos com manutenção de detentos e manutenção da prisão, em relação às prisões públicas (CONSTANTINO, 2012, s. p.) Por outro lado, na França, as posições contrárias à privatização dos presídios surgem de dois setores da sociedade francesa, tais sejam:

[...]os sindicatos de trabalhadores, que não viam com bons olhos a realização do trabalho dentro da prisão concorrendo com a existência de um número expressivo de desempregados. [...] da própria sociedade que se preocupava com o fato de o sistema preocupar-se mais com a exploração da mão de obra prisional do que com a preparação para a reinserção social do preso (ASSIS, 2007, s.p.).

As prisões privatizadas apresentam vantagens e desvantagens, porém o que as fazem permanecer superiores às governamentais é o investimento, uma vez que o setor privado está sempre investindo em todos os aspectos para que haja uma melhoria diária nos serviços. Adentrar-se-á na sequência, nas diferenças encontradas nessas prisões privatizadas pelo mundo.

### 3 DAS VARIAÇÕES DA FORMA DE PRIVATIZAÇÃO

Cada país rege suas prisões privatizadas ou não de acordo com suas normas, leis e até costumes. No entanto, a maior diferença encontrada em relação às prisões privatizadas esta relacionada ao cumprimento da pena (DUARTE, 2012, s.p.).

O mais surpreendente é como o presídio privatizado é estruturado, diferentemente dos moldes conhecidos, cheios de celas, cadeados e guardas. Aqui o presídio é:

[...] sem cercas elétricas ou guaritas, os guardas andam e trabalham desarmados, o monitoramento é feito através de câmeras e sistemas de alarmes, que impedem que o preso faça túneis. As celas abrigam dois detentos, sendo que os réus primários jamais ficam com os réus reincidentes, desta forma, não há relatos de fugas (DUARTE, 2012, s.p.).

Uma diferença gritante é o fato de a prisão privada elencar como objetivo principal a redução da reincidência e, posterior reintegração social do preso. Para efetivação do relatado, que os presídios privados oferecem para todos internos a possibilidade de estudos e trabalho, salienta-se que o preso pode, ao concluir

---

<sup>3</sup> Lobbies, termo utilizado para designar um grupo de pessoas, físicas ou jurídicas, que se organizam em torno de um objetivo em comum e tentam interferir nas decisões do poder executivo e legislativo para que estas coincidam com os seus interesses.



etapas de estudos, ganhar diplomas secundários ou profissionais, no entanto, o trabalho do preso, nesse modelo de prisão<sup>4</sup> se restringe ao mero trabalho de manutenção da própria prisão (CONSULEX, 1999, p. 17).

Outra diferença encontrada é que nos Estados Unidos, cometendo o primeiro delito e não sendo maior de 25 anos de idade, o réu é "obrigado" a estar em uma instituição privada para a possibilidade de ressocialização, uma vez que os presídios privados oferecem maior possibilidade da ressocialização realmente ocorrer (CONSULEX, 1999, p.17 e 18). Os presos têm seus hábitos totalmente modificados:

Acordam às três da madrugada; têm uma hora para higiene pessoal e arrumação da cela. Às quatro, tomam o café; o atrasado não come. Os outros comem à vontade. Às cinco começa o turno de trabalho para uns, de estudo para outros. Após o almoço, servido com fartura, mas com limitação da porção de carne e de doces por razões nutricionais, começa o segundo turno (CONSULEX, 1999, p. 18).

Ainda, sobre a rotina dos detentos, sabe-se que aos domingos ocorrem as visitas, pois se trata do dia de folga deles. Os detentos contam com todo aparato social, psicológico e físico, tendo médicos, dentista, psicólogos, entre tantos outros atendimentos, despendidos nesse dia (CONSULEX, 1999, p. 18).

O preso que se destacar no comportamento e nos estudos, pode a partir das 5 horas ficar livre para lazer ou recreação, podendo também prolongar o seu horário de ir dormir, que seria das 9 horas da noite para as 11 horas da noite. Além dessas regalias, o preso que tenha um bom comportamento pode diminuir sua pena por conta disso (CONSULEX, 1999, p. 18).

Por outro lado, o preso que se envolver em brigas ou ter um comportamento negativo perde certas regalias, como assistir TV ou escutar música. Podem permanecer na cela solitária pelo período de 30, 60 ou 90 dias, no entanto, para tal punição ser auferida a um detento, é devida toda uma prévia investigação para constatar se a conduta é positiva ou negativa (CONSULEX, 1999, p. 18).

O modelo de privatização Inglês, mantém suas portas abertas por ter "dinheiro arrecadado através de impostos ou de empréstimos ao mercado [...]". Por outro lado, o modelo de privatização dos Estados Unidos tem "as receitas para construção de prisões são financiadas com títulos públicos que necessitam de aprovação legislativa para serem emitidos e ainda são limitados a um determinado valor" (FRANZ, 2010, p. 39).

Nos Estados Unidos, o tratamento direcionado ao preso é tido de maneira a se comparar como se um terceiro beneficiário fosse, por conta do poder público ter firmado contrato com a empresa privada, tal fato, gera a possibilidade de judicialização, por parte do condenado, contra o presídio privatizado, se o mesmo não estiver cumprindo com o estipulado em contrato.

<sup>4</sup> Presídio Lake City Correctional Facility (Corretions Corporation of América), conhecido por ser uma prisão-escola.



Já na Inglaterra, não se tem essa possibilidade, uma vez que os detentos não fazem parte do contrato (ARAÚJO apud FRANZ).

Denotou-se ao transcorrer desse capítulo, o quão evoluídas são as prisões privatizadas pertencentes aos Estados Unidos, França e Inglaterra, tanto por sua estruturação, como pela preocupação de se trabalhar com a reeducação e ressocialização do detento. O Brasil, seguindo os moldes já expostos, tende as privatizações, porém existem divergências nesse cenário sobre a possibilidade de se privatizar e obter melhorias reais nos sistemas prisionais brasileiros, sendo então o estudo pretendido para o terceiro capítulo desse trabalho de conclusão de curso.

#### 4 DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Atualmente, as prisões brasileiras encontram-se com falta de recursos infra estruturais das instalações e inexistência de prioridades para com o desenvolvimento da cidadania do preso. Tenta-se utilizar do trabalho dos detentos como uma possível forma de ressocialização, o que na maioria das vezes é em vão, por conta das mazelas do sistema penitenciário brasileiro (COSTA, 1999. p. 17).

Há de se destacar que a situação em que se encontram as prisões brasileiras, é de total abandono e esquecimento do Estado, o que agrava muito essa situação de descaso, é que cada vez mais se aumentam o número de encarcerados nesse país, fazendo com que o Brasil tenha a 4ª maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia (KAWAGUTI, 2012).

Para demonstrar a situação acima referida do crescimento populacional dos encarcerados, o Conselho Nacional de Justiça criou o programa Geopresídios, que nada mais é do que uma radiografia do sistema carcerário brasileiro, procedida através de inspeções mensais de Juízes de Execução Criminal. Atentando a tal fato, obteve-se do referido programa a informação de que, atualmente, existem 897.693 mil presos no país, sendo estes distribuídos em grupos conforme o seu regime prisional, bem como, informações a respeito dos estabelecimentos prisionais, os quais dispõem de um déficit de 250.281 mil vagas, conforme quadros abaixo:

QUADRO NACIONAL (quantidade)						
Presos em Regime Fechado	Presos em Regime Semiaberto	Presos em Regime Aberto	Presos Provisórios	Presos em Prisão Domiciliar	Total	Internos em Cumprimento de Medida de Segurança
281.623	96.510	8.701	248.265	262.594	897.693	5.363

**QUADRO 1** – Quadro Nacional de Informações sobre presos. (FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ)





QUADRO NACIONAL ( <i>quantidade</i> )			
Estabelecimentos	Vagas	Presos	Déficit de Vagas
2.776	390.870	641.151	250.281

**QUADRO 2** – Quadro Nacional de Estabelecimentos Penais. (FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ)

Nesse compasso, conforme demonstrado pelos números acima expostos, a prisão encontra-se defasada, falida, necessitando de uma nova reformulação estrutural de acomodações dignas para os encarcerados que ali se encontram. Entre os principais problemas do sistema carcerário estão a superlotação, tortura, maus tratos e a ineficácia dos programas de ressocialização (KAWAGUTI, 2012).

Nessa mesma linha de raciocínio, Costa menciona que:

[...] Este é certamente o mais grave problema do sistema penitenciário brasileiro: a completa falta de vagas, que obriga milhares de presos, muitos já condenados, até mesmo nos regimes semiabertos e aberto, a conviverem em condições reconhecidamente aviltantes em xadrezes de delegacias policiais, com muita frequência revezando-se para dormir (LEMGRUBER *apud* COSTA, 1999. p. 36).

Ainda, sobre os problemas do sistema carcerário, Bitencourt faz menção ao explicar que:

[...]As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos (BITENCOURT, 2011, p. 158).

Por outro lado, não são só problemas de saúde que a reclusão pode acarretar aos encarcerados, pois com a inexistência da "distribuição adequada do tempo dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e ao exercício físico", o estado físico-psíquico desses indivíduos passam a sofrer alterações, podendo com tal rotina insalubre, desenvolver depressão entre outras doenças psicológicas (BITENCOURT, 2011. p. 158).

Os presos dessas instituições assoberbadas, estão sendo apenas largados em celas, sem se ter o mínimo de cuidado ou uma forma de separação adequada, sem contar que a assistência à saúde, educação e até material, são insuficientes (PEDUZZI, 2013, s.p.).

Conforme o referido acima, denota-se que a quantia de presos é superior ao número existente de vagas nas prisões, o que ocasiona a mistura dos mesmos, diferentemente ao que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 faz menção em seu art. 5º, inciso XLVII: "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado". A lei estipula, porém não acontece, uma vez que os presos



são colocados em celas abarrotadas sem a mínima distinção ou triagem em relação aos que ali já ocupam o respectivo recinto, restando por se mostrar um sistema inoperante no dia-a-dia, ao sistema ideal previsto pela lei (ZAFFARONI, 2012, p. 437).

Ainda em relação a atual situação do sistema carcerário brasileiro, Assis expõe que:

[...] o que tem ocorrido na prática é a constante violação dos direito e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os seus outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de prepara o seu retorno útil à sociedade (ASSIS, 2007).

Diante de todo o exposto em relação à ineficácia do sistema prisional brasileiro para com a reabilitação de seus apenados, está a reincidência, a qual é um fato comprovador de que as instituições penitenciárias brasileiras não tem cumprido o seu dever com êxito, o que resulta na não reabilitação do apenado, que uma vez solto, praticará outro ato ilícito, acarretando o seu retorno à prisão.

Bitencourt discorre acerca do elucidado acima:

Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durando a reclusão os internos são submetidos ao tratamento reabilitador (BITENCOURT, 2011, p. 161).

No entanto, a real atribuição da prisão, conforme relata Montesinos é de que "deveria buscar a recuperação do recluso. A função do presídio era devolver à sociedade homens honrados e cidadãos trabalhadores" (MONTESINOS *apud* BITENCOURT, 2011. p. 91). Por outro lado, a utopia narrada por Montesinos, se depara com o quadro atual "A superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano (BINTENCOURT, 2011. p. 231).

Partindo da premissa do que estipula o texto de lei e, do objetivo central que sempre se teve em relação às prisões, em ser um estabelecimento que visasse o bem-estar do preso através de sua ressocialização, denotou-se que a realidade é totalmente contrária. Ainda, foi demonstrado que o sistema carcerário brasileiro está falido, uma vez que não se tem vagas suficientes para as demandas atuais, bem como infraestrutura precária e a assistência ao apenado insuficiente. Diante disso, no próximo item deste capítulo, far-se-á uma abordagem ao estudo dos métodos de ressocialização e efetivação.

## 5 DOS MÉTODOS DE RESSOCIALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO

Critica-se muito a privatização das prisões<sup>5</sup>, pois como "bons cidadãos" com pré-conceitos sociais formados, opta-se que os condenado recebam o pior tratamento e acomodações possíveis, - o que atualmente vem acontecendo. Mas se o caráter ressocializador da prisão é totalmente deixado de lado, como diminuir a criminalidade e os índices de reincidência? Atentando a esses fatos, nesse segundo item, será feita a análise acerca dos métodos de ressocialização e efetivação.

Primeiramente, é oportuno mencionar que os presídios privatizados no Brasil, foram obtidos através do sistema de cogestão, onde de um lado se tem a intervenção estatal e do outro, a da empresa privada. Os papéis nesse modelo não se assemelham, uma vez que o Estado permanece como detentor do poder jurisdicional em relação ao quantum da pena, punições acerca de deslizes ou gratificações por bom comportamento, doutro lado, a empresa privada cuida da alimentação, vestuário, educação, lazer, trabalho e higiene do preso (D'URSO, 2002, s.p.).

Chacha, posiciona-se sob a mesma ótica ao mencionar que:

[...] Depreende-se que a atividade jurisdicional e a atividade administrativo-judiciária permanecem absolutamente indelegáveis pelo Estado, no tocante à atividade administrativa extrajudicial relacionada com: saúde, trabalho, estudo, limpeza, vestuário, lazer, construção de presídios ou partes dele etc... pode ser oportunizada ao ente privado. [...] O Estado permanecerá com as funções jurisdicionais indelegáveis constitucionalmente, apenas, havendo a possibilidade de cada Estado Federado implantar, de acordo com as peculiaridades de cada Região, a realização de parceria com a iniciativa privada nas atividades administrativas extrajudiciais (CHACHA, 2009).

Perpassando esses aspectos, denota-se que no Brasil não se admite a delegação da atividade jurisdicional à iniciativa privada, porém algumas atividades poderiam ocorrer a partir de entes privatizados para suprir os déficits das penitenciárias (CHACHA, 2009).

Adentrando às formas de ressocialização dos presos no Brasil, Filho as define:

[...] Ressocialização conota, portanto, o sentido de repetir a socialização, ou o ato de lidar novamente com os outros, retomar a vida em grupo, em sociedade. Na área do Direito Penal, ressocialização refere a reeducação social do apenado durante e depois de cumprimento de pena. Em sentido amplo, abrange um conjunto de ações que visa à readaptação do preso na sociedade,

<sup>5</sup> Há de se mencionar que o instituto de privatização das prisões não é algo novo. Em 1999, se construiu o primeiro presídio privatizado no Brasil, localizado no Estado do Paraná. Contudo, o presente capítulo abordou de forma simplória apenas alguns exemplos, tendo em vista a quantidade de presídios com esse tipo de gestão, e, também, por suas especificações e características serem minimamente diferentes que cada instituição tem no seu funcionamento.



contribuindo na sua recuperação nos aspectos psicossociais e educacionais, com objetivo de inibir qualquer ato reincidente de natureza criminal (FILHO, 2015).

No Brasil alguns presídios ressocializadores são administrados pela Associação de Proteção e Assistência ao Condenado - APC. Neste perfil de presídio, os internos são quem ficam com as chaves do estabelecimento, não existem policiais civis e militares, dentro do presídio, os presos, podem ter acesso à dinheiro, boa alimentação e vestimentas decentes (ALVIM, 2006).

Outro modelo de presídio ressocializador, foi um dos presídios pioneiros nessa modalidade no Brasil, fica localizado em Belo Horizonte, é mantido através da Parceria Público Privada – PPP. O referido presídio é gerido pelos Gestores Prisionais Associados – GPA, que é composto por cinco empresas de ramos diferentes, e que obtém o encargo de construir o presídio e cuidar instalação após terem ganhado o processo licitatório (ALVES, 2013. s. p.).

Também, como modelo de presídio ressocializador é o administrado pelo Instituto Nacional de Administração Prisional – INAP o qual abrange a área do Estado do Espírito Santo, também sócio do GPA. Nesse modelo, a INAP tem responsabilidade por "toda operacionalização da unidade, além de oferecer insumos (roupas, alimentação, etc)" (FILHO; OI, 2014, p. 22).

Ainda sobre os modelos acima referidos, a empresa Reviver, nos revela um número interessando de presos empregados, onde há cerca de "364 presos empregados por parceiros como a Coca-Cola, Aymoré Embalagens, Universidade do Estado da Bahia [...]". A preocupação dessas empresas destinam-se ao bem-estar e ressocialização dos presos, acreditam que somente é possível tais números pelo modelo que aderiram, tal seja, o de cogestão, pois conseguem cuidar da manutenção das instalações da unidade por inteiro, não deixando ocorrer a degradação do ambiente, bem como, é despendido um tratamento e treinamento diferenciado para os profissionais que trabalham na referida instituição (FILHO; OI, 2014. p. 23).

Alves, revela como é constituído estruturalmente esse perfil de penitenciária ao mencionar que:

Além de seis galpões com oficinas de trabalho, oito salas de aulas, ambulatórios, padaria e quadra poliesportiva, o que chama atenção no inédito investimento são as celas reforçadas, inclusive com placas de aço no solo. Cada uma delas tem 12m<sup>2</sup> e abriga só quatro internos. Cento e oitenta e sete funcionários da GPA mantem a ordem. O Estado só agira em casos extremos de motins (ALVES, 2013. S. p.).

Outro fato a se destacar é que o sistema prisional interno é rígido: "Tvs, localizadas nos corredores, só ficam ligadas por pouco mais de uma hora, em novelas. Rádios são proibidos, assim como cigarros. Às 22h, as luzes se apagam. Banho não pode passar de três minutos", fazendo assim, com que os detentos aprendam e tenham disciplina (ALVES, 2013. s. p.).

O dia-a-dia nesse presídio é diferenciado, aonde os detentos tem horário estipulado para seus afazeres, um dos principais é na produção de móveis



escolares, e conforme relatado por Alves, logo se percebe que estão trabalhando, pois "[...] o barulho é constante de máquinas, serras e martelos [...]". Ainda, as empresas parceiras do presídio, ofertam a possibilidade de, após o cumprimento da pena, o detento obter um trabalho digno para seu sustento (ALVES, 2013. s. p.).

Conforme já demonstrado com a exemplificação de aspectos positivos de alguns dos sistemas prisionais privatizados existentes no Brasil, não resta dúvida de que a melhor saída para resolver as problemáticas encontradas nos sistemas prisionais gerenciados pelo Estado, seja a privatização dos mesmos, mais precisamente no modelo, acima mencionado inúmeras vezes, de cogestão. O sistema se mostrou eficaz à reabilitação e recolocação em sociedade do detento, uma vez que através das normas rígidas, da disponibilização de trabalho e educação, esforços estes que resultam na ressocialização dos que ali estão.

Doutro lado, há de se destacar que as acomodações são dignas e os serviços de qualidade. Contudo, há ainda, quem não veja a possibilidade de privatização como um negócio viável, assunto o qual será tratado acerca dos posicionamentos favoráveis ou não a privatização, no próximo item do presente capítulo.

## 6 POSICIONAMENTOS ACERCA DA PRIVATIZAÇÃO

Como todo ramo do direito, a privatização do sistema carcerário brasileiro também tem posições favoráveis e contrárias à respectiva mudança. Sendo assim, o último item desse terceiro capítulo, irá adentrar em diferentes posicionamentos.

Primeiramente, seria prudente retomar que os presídios, nessa modalidade, são geridos através da cogestão com empresas privadas, dispondo também, em alguns casos, de serviços terceirizados, retirando então, os afazeres em relação à saúde, higiene, alimentação, reabilitação, entre outros, do poder estatal, restando para o Estado tão somente o papel de carrasco, ou seja, o poder jurisdicional de operar acerca da quantificação das punições e custódia da liberdade dos detentos.

Existem diversas correntes e posicionamentos em relação à possibilidade ou não de se privatizar os presídios no Brasil, as quais afirmam que para ocorrer as privatizações nesse país, deveria primeiro ocorrer uma modificação nos texto de lei do nosso ordenamento jurídico. ASSIS menciona que " [...] a atual legislação, da forma que está, não permitiria a delegação do serviço penitenciário à iniciativa privada" (ASSIS).

Assis, de maneira resumida apresenta três aspectos impeditivos à privatização no país, tais sejam, os aspectos éticos, jurídicos e políticos, explanando cada um desses como:

[...] Os obstáculos de natureza ética estariam ligados ao próprio princípio ético da liberdade individual, consagrado em nossa Constituição Federal como a garantia constitucional do direito à



liberdade. De acordo com esse princípio, a única coação moralmente válida seria aquela imposta pelo Estado através da execução de penas ou outras sanções, sendo ainda que o ente estatal não estaria legitimado a transferir esse poder de coação a uma pessoa física ou jurídica. Dessa forma, sob o ponto de vista ético, o Estado não poderia transferir a atividade executiva penal a um particular, ademais quando este viria a auferir uma determinada vantagem econômica decorrente do trabalho carcerário. Com relação aos obstáculos jurídicos, estes se dividem em constitucionais e legais. Quanto aos constitucionais, estes acabariam se confundindo com os de natureza ética, tendo em vista que o fundamento de nossa carta constitucional tem por base a mesma filosofia moral ( ASSIS).

Acerca do mesmo ponto, Oliveira expõe que:

[...] há violação do princípio da legalidade, preceito aplicado ao Direito Público, no qual o Estado só pode fazer o que for expressamente previsto em lei. Assim a inexistência de previsão constitucional para a privatização carcerária a tornaria ilegal (OLIVEIRA, 2014. s.p.).

Sobre a premissa da inconstitucionalidade da iniciativa de privatização da prisão, Malvezzi destaca que:

A Pastoral Carcerária já tem uma posição consolidada contra as privatizações das penitenciárias do Brasil. [...] Além disso, esse tipo de gestão não cumpre as promessas de tornar a gestão mais eficiente ou mais humana. O cenário que temos nas prisões hoje privatizadas é de seres humanos transformados em mercadoria [...] (ALVEZZI *apud* SILVA, 2015. p. 45-46).

Já para Silveira, o presídio privado seguiria visando o lucro, o que resultaria em mais prisões, as quais seriam favoráveis a empresa privada responsável pela instituição, pois essa recebe uma quantia em dinheiro para cada preso que ali se encontra (OLIVEIRA, 2014. s.p).

Santos traz à baila a rejeição de um projeto de fundo positivo ao asseverar que:

A idéia é de que a iniciativa privada, mais eficiente, adote programas de qualidade e de gestão. Dizem que ela já teria sido, em tese, comprovada nos países onde houve implementação do sistema. Digo sinceramente: não há qualquer estudo que comprove isso, aqui ou lá. Reduções de custo, quando existem, são mínimas se comparadas aos gastos dos estabelecimentos públicos. E, em muitas situações, o que parece é que essa diminuição do preço por detento aparece devido à piora na qualidade dos serviços penitenciários. Justamente no que seria o diferencial: na ressocialização, educação, trabalho, saúde e acompanhamento do preso. São tarefas que sofrem piora em função do corte de custos. (MINHOTO *apud* SANTOS).

Por outro lado, há quem se agrada com a ideia de privatização, deste modo proceder-se-á a replicação em sequência de posicionamentos favoráveis a privatização. Bem como abordam Rabelo, Viegas e Resende:



O trabalho do detento não visava a obtenção de lucro ao sistema prisional, mas proporcionar a valorização profissional e torná-lo apto a retornar ao mercado de trabalho quanto deixar o estabelecimento penitenciário. [...] O objetivo teórico da administração penitenciária é combater a criminalidade, e não obtenção de lucro (RABELO; VIEGAS; RESENDE, s. a. s. p).

D'urso, vai mais fundo no assunto, explicitando seu posicionamento pessoal com base em estudos pessoais proferidos.

Registro que sou amplamente favorável à privatização. [...] há de se reconhecer que são um sucesso, não registram uma rebelião ou fuga e todos que orbitam em torno dessas unidades, revelam que a "utopia" de tratar o preso adequadamente pode se transformar em realidade no Brasil. [...] De minha parte, não me acomodo e continuo a defender essa experiência no Brasil, até porque não admito que a situação atual se perpetue, gerando mais criminalidade, sugando nossos preciosos recursos, para piorar o homem preso que retornará, para nos dar o troco (D'URSO, s.a. s.p.).

Tentando explicitar o porque da melhor saída se mostrar a mudança do plano atual de caos prisional, Silva expõe que:

Ao buscar alternativas, o governo encontrou na parceria com a iniciativa privada uma nova tendência e a solução para muitos problemas. Com a cogestão, a partir de um modelo de administração terceirizada, o Estado é responsável pela construção do prédio, e pela direção geral do complexo, na figura do diretor, do vice-diretor e do chefe de segurança. A empresa contratada é encarregada de recrutar, selecionar e administrar os agentes de segurança e disciplina, pessoal técnico e administrativo, e de operacionalizar ações que ocorrem diuturnamente, através da permanente assistência jurídica, pedagógica, médico-odontológica, acompanhamento psicológico, fornecimento de alimentação balanceada, entrega de uniforme e materiais de uso pessoal, assim como modernos equipamentos de segurança. (RIBEIRO apud SILVA, 2015. p. 40)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, de todo exposto no presente estudo, o que realmente se mostrou mais viável para melhoria da situação atual de descaso do Estado seria as privatizações. Independente de críticas ou elogios, o sistema privatizado se mostrou totalmente diferenciado, trazendo a tona a dignidade para o detento, ressalva-se que ao ingressar em um presídio com o sistema totalmente defasado certamente o detento se corromperia mais, sendo que nas prisões privatizadas o mesmo não ocorreria, uma vez que a ressocialização e garantias do apenado seriam, teoricamente, prioridades.

Doutro lado, a questão financeira também se mostra um ponto positivo, mesmo a economia sendo mínima, já faz diferença no gasto despendido com essas instituições. No entanto, cabe destacar que é de mais valia a pouca



economia e uma reabilitação moral do apenado completa, do que se ter um despendimento de valores menores e um local desumano para o cumprimento da pena e reabilitação.

No mesmo sentido, as prisões estatais e privatizadas, conforme já referido, tem seu orçamento minimamente diverso, acarretando então, que é indubitável que o sistema estatal está falido, sem investimento ou interesse algum para melhorias, restando por obvio, que as privatizações são as soluções mais viáveis.

Contudo, é de se esperar que também ocorram falhas nas instituições privadas, todo setor público ou privado em algum momento apresentarão deficiência em alguma área específica, porém como se trata de um presídio gerenciado por empresa privada, a resolubilidade da problemática se dará por resolvida de forma breve, sem burocracias estatais, salvo em caso de motins.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Wesley Botelho. **A ressocialização do preso brasileiro**. Disponível em: <[www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2965/A-ressocializacao-do-preso-brasileiro](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2965/A-ressocializacao-do-preso-brasileiro)>. Acesso em: 07 nov. 2015.

ALVES, Francisco Edson. **Presídio Privado**. Revista O Dia. Disponível em: <[odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2013-07-14/presidio-privado-e-sucesso.html](http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2013-07-14/presidio-privado-e-sucesso.html)>. Acesso em 07 nov. 2015.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **Privatização de prisões e adoção de um modelo de gestão privatizado**. Disponível em: <[www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3483/Privatizacao-de-priso-es-e-adocao-de-um-modelo-de-gestao-privatizado](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3483/Privatizacao-de-priso-es-e-adocao-de-um-modelo-de-gestao-privatizado)>. Acesso em 15 nov. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANÊDO, Paula Fernandes Teixeira. **O Histórico das Penas Privativas de Liberdade**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-historico-das-penas-privativas-de-liberdade,28791.html>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

CHACHA, Luciano. **Aspectos críticos sobre a privatização dos presídios no Brasil**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da Pena de Prisão**. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20pris%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/inspecao-penal/mapa.php>>. Acesso em: 15 nov. 2015.





CONSTANTINO, Rodrigo. **Privatização na Cadeia**. Disponível em: <[www.instituomillennium.org.br/artigos/privatizacao-na-cadeia](http://www.instituomillennium.org.br/artigos/privatizacao-na-cadeia)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

COSTA, Alexandre Marino. **O Trabalho Prisional e a Reintegração Social do Detento**. Florianópolis: Insular, 1999.

DAVID, Robson Luiz. **História das Penas**. Disponível em: <[http://www.fmr.edu.br/npi/npi\\_hist\\_penas.pdf](http://www.fmr.edu.br/npi/npi_hist_penas.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

DINIZ, Pedro. **Evolução Histórica da Prisão**. Disponível em: <[http://limiaesilvaadvogados.blogspot.com.br/2011/07/evolucao-historica-da-prisao-provisoria\\_26.html](http://limiaesilvaadvogados.blogspot.com.br/2011/07/evolucao-historica-da-prisao-provisoria_26.html)>. Acesso em: 23 fev. 2016.

DUARTE, Jaqueline Cristiane. **Privatização dos Presídios**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id\\_dh=9661](http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=9661)>. Acesso em: 23 fev. 2016.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A privatização dos presídios**. Revista Super Interessante. Disponível em: <[super.abril.com.br/ciencia/a-privatizacao-dos-presidios](http://super.abril.com.br/ciencia/a-privatizacao-dos-presidios)> Acesso em: 23 fev. 2016.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Luiz Flávio Borges. **Privatização das Prisões mais uma vez polêmica**. Disponível em: <[www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10717-10717-1-PB.html](http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10717-10717-1-PB.html)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FABBRINI Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 42. Ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRANZ, Giovane. **Privatização de Prisões: um estudo sobre as influências econômicas para o Estado**. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Economia292789>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

JESUS FILHO, José de; OI, Amanda Hildebrand. **Prisões privatizadas no Brasil em debate 2014**. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp->



content/uploads/2014/09/Relato%CC%81rio-sobre-

privatizac%CC%A7o%CC%83es.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2015.

KAWAGUTI, Luiz. **O que faz as prisões do Brasil serem consideradas medievais?**. Disponível em:

<[www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121117\\_prisoes\\_medievais\\_lk.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121117_prisoes_medievais_lk.shtml)>. Acesso em: 07 nov. 2015.

MENEZES, Cynara. **Os mercadores das cadeias**. Revista Carta Capital. Disponível em: <[www.cartacapital.com.br/revista/772/os-mercadores-das-cadeias-9403.html](http://www.cartacapital.com.br/revista/772/os-mercadores-das-cadeias-9403.html)>. Acesso em: 07 nov. 2015.

MONTEIRO FILHO, Eleones Rodrigues. **O sistema penal e a ressocialização do preso no Brasil**. Disponível em: <[jus.com.br/artigos/41528/o-sistema-penal-e-a-ressocializacao-do-preso-no-brasil](http://jus.com.br/artigos/41528/o-sistema-penal-e-a-ressocializacao-do-preso-no-brasil)>. Acesso em: 07 nov. 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A privatização das prisões**. Disponível em: <[www.bu.ufsc.br/privatizacao.html](http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html)>. Acesso em: 07 nov. 2015.

OLIVEIRA, Diego Fernandes de. **Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,privatizacap-do-sistema-penitenciario-brasileiro,33592.html>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

OLIVEIRA, Edmundo. **O Futuro das Prisões no Mundo**. Revista Jurídica Consulex. V.2, n.20, p. 12-19, ago. 1998.

PEDUZZI, Pedro. **Superlotadas, prisões brasileira não fazem separação adequada de detentos, diz Ministério Público**. Agência Brasil. Disponível em: <[memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-27/superlotadas-prisoas-brasileiras-nao-fazem-separacao-adequada-de-detentos-diz-ministerio-publico](http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-27/superlotadas-prisoas-brasileiras-nao-fazem-separacao-adequada-de-detentos-diz-ministerio-publico)>. Acesso em: 07 nov. 2015.

RABELO, César Leandro de Almeida; RESENDE, Carla de Jesus; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.abreuelanna.com.br/noticias/listar/a-privatizacao-do-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

SANTOS, Jorge Amaral dos. **As parceria público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13521/as-parcerias-publico-privadas-no-sistema-penitenciario-brasileiro/1>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012



## A PERSPECTIVA GAIA: A FIGURA DA “MÃE” NATUREZA<sup>1</sup>

*Neusa Schnorrenberger<sup>2</sup>  
Luana Maíra Moura de Almeida<sup>3</sup>*

**RESUMO:** O presente trabalho busca proceder o estudo acerca da natureza, da importância do ecofeminismo e o sagrado encontrado no mítico de Gaia. Em primeiro momento estuda-se a depredação da natureza e a sua valorização ecológica no Brasil, numa segunda pontuação é estudado o ecofeminismo. Em terceiro, faz-se necessário uma interpretação de Gaia como mãe natureza, após busca-se a ECO-92 para apresentar o artigo 20 da Convenção do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e por último uma análise da via campesina feminina. Todo o estudo apresenta-se em historicidade e com viés ecofeminista. O presente trabalho de pesquisa assenta-se no estudo bibliográfico a doutrina e artigos científicos disponíveis em revistas, estando ele embasado no método de abordagem monográfico e dedutivo. Assim, conhece-se a luta e a contribuição da figura da mulher para o viés ecológico frente a depredação ambiental, através da perspectiva Gaia que introduz a “mãe natureza”.

**Palavras-Chave:** Crise ambiental – Ecofeminismo – Gaia – Trabalhadora Rural.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É indiscutível a existência da depredação da natureza e do ecológico de forma predadora e vil em busca de acúmulo de riquezas e de maiores comodidades pelo ser humano. Ruether escancara a realidade “O desmatamento significa mulheres andando duas ou três vezes mais, todos os dias, para buscar lenha; significa seca, o que obriga as mulheres a andar duas vezes mais longe todos os dias para buscar e levar água para suas modestas casas” (RUETHER *in* MANDRÁGORA, 2000, p. 15).

Angelin complementa que a dificuldade das mulheres nos países mais pobres, em suas culturas de subsistência são as que mais sofrem com a destruição ambiental “[...] pois são as primeiras a sentirem o reflexo da diminuição da qualidade de vida causadas pela poluição ou escassez dos

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir das pesquisas realizadas pela primeira autora, em seu pré-projeto como quesito parcial de seleção de mestrado e das reflexões propostas pela segunda autora.

<sup>2</sup> Graduanda do 10º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* Santo Ângelo-RS, pesquisadora voluntária. E-mail: asuenssch@hotmail.com

<sup>3</sup> Professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada ao Alto Uruguai e Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo, mestre em Direito, coordenadora do Núcleo de Monografia e dos Projetos de Extensão e Pesquisa acerca da “Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana” e “Estado Socioambiental e Democrático de Direito”, respectivamente. E-mail: luana.mmalmeida@gmail.com



recursos naturais, os quais são explorados indiscriminadamente para satisfazer as 'necessidades' do Primeiro Mundo" (ANGELIN, s. a, s. p).

Em razão disso, imperioso proceder o estudo acerca de Gaia como a "mãe natureza", todos os aspectos que envolvem o seu cuidado, *versus* a dominação do masculino, que se impõe tanto quanto à mulher como à natureza. Necessário o resgate do através de sua real situação, da luta ecofeminista, da sacralidade do meio ambiente e da responsabilidade das mulheres a partir da Declaração do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

## 1 A DEPREDÇÃO DA NATUREZA E SUA VALORIZAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, os direitos fundamentais de terceira dimensão foram incorporados em sua Magna Carta e implementados em leis infraconstitucionais. Tudo isso ocorreu principalmente através do percurso histórico da valorização do bem ambiental. O Direito Ambiental se insere na terceira geração dos direitos fundamentais, por atender a classificação de direito difuso, atendendo toda uma coletividade indeterminada, bem como as gerações futuras.

Contudo, esse direito fundamental não esteve presente em todas as formas de manifestação do Estado. Foi necessário, primeiramente, que fossem firmados alguns valores ecológicos, diante da crise ambiental que a sociedade moderna enfrentava, para que finalmente fossem insculpidos juridicamente a valorização do meio ambiente. Assim, o movimento ecológico (ou ambientalista) e a legitimação social dos valores ecológicos, começa a ocorrer com a crise ecológica e o novo rearranjo social e político e a reformulação do modelo (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 67 e 95), este último não pelo governo, mas pela representação a sociedade civil como segue:

Essa nova, realidade (econômica, industrial e política) fez surgir a 3ª dimensão de direitos – os direitos de solidariedade, dentre eles o direito ao desenvolvimento, o direito à paz e a um meio ambiente saudável e ecologicamente não mais ao individual, mas ao sujeito coletivo (RUSCHEL, 2010, p. 60-61).

O movimento conservacionista anterior a década de 1960, visava a preservação, principalmente para a recreação das pessoas. No entanto, os autores Sarlet, e Fensterseifer ressalvam que,

[...] o movimento conservacionista, articulado em promover a proteção de áreas naturais, não contemplava uma dimensão ecológica mais ampla, tal como defendido pelo movimento ambientalista moderno. A intervenção humana – predatória em termos de poluição, degradação e esgotamento dos recursos naturais – ainda não se fazia tão intensa à época, bem como os valores e práticas ecológicas, ainda não haviam se cristalizado nas relações sociais, o que só ocorrerá efetivamente a partir da Década de 1960 (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 72).

O movimento ecológico/ambientalista, por sua vez, trouxe novos desafios para a humanidade, de modo que outras questões vieram a compor a sociedade moderna, como o risco da sobrevivência humana (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 73). Em sua teia encontram-se os problemas vindos com a evolução tecnológica industrial, principalmente os novos elementos químicos (inseticidas), produzidos em série pelas forças e interesses produtivos (CARSON, 2010, p. 29).

No Brasil, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado advém de forma mais efetiva do ano de 1970. Como destaque de liderança ambientalista, Paulo Nogueira-Neto, exímio ambientalista, à frente da Secretaria Especial de Meio Ambiente/Governo Federal (SEMA), elaborada em 1973. Como figura destacável, na elaboração das leis deste período, com profunda colaboração à Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº. 6.938/81, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, além de ter contribuído com o Relatório Nosso Futuro Comum<sup>4</sup>, em 1987. Teve também atuação para a concretização da Conferência do Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, realizada em 1992, no Rio de Janeiro, (a chamada ECO-92) (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 85).

Descontentes ficaram os grupos ecológicos, frente a ditadura militar instalada entre os anos de 1964 até 1985. O representante na época enviado pelo governo brasileiro para a Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano, em 1972, mostrou-se totalmente contrário aos anseios dos grupos ecológicos da época, em seu discurso proferido na ocasião. Essa postura antiecológica do governo brasileiro, tinha a compreensão de que o meio ambiente deveria vir num momento posterior de um aumento significativo per capita, além de atribuir aos países desenvolvidos o ônus da preservação ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 88-89).

Contudo, durante muito tempo interesses econômicos e político ditatoriais buscavam o desenvolvimento a qualquer custo. Houve, inclusive, o convite das empresas internacionais instalarem-se no Brasil. Um convite para a poluição industrial que se apresentaria descontrolável, a exemplo da cidade de Cubatão<sup>5</sup>, no Estado de São Paulo, que veio a prejudicar todo o meio ambiente da região, provocando principalmente doenças respiratórias aos seres humanos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 88-89). Atualmente,

---

<sup>4</sup>Ato preparatório para a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU (ECO-92), no Rio de Janeiro. Do qual surgiu a conhecida carta principiológica, que trouxe em seus princípios o tema desenvolvimento sustentável, ensinando a necessidade de preservação do meio ambiente de maneira intergeracional (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 85).

<sup>5</sup>No fim da década de 1950, o governo militar ditatorial da época, criou um centro industrial na costa brasileira, a 150 km de São Paulo. Foram convidadas empresas de diversos setores (petroquímica, siderurgia, fertilizante etc.) de outros países para instalarem-se em solo brasileiro sem restrições ambientais. Período impossível para que as pessoas comuns obtivessem dados sobre emissões e resíduos tóxicos. E após 30 anos Cubatão era uma das áreas mais poluídas do mundo. Inúmeros documentários e reportagens são realizados na cidade paulista. Acesso ao documentário Cubatão Vale Da Morte. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=s6zzwvK0R5E>>.



entretanto, o meio ecológico natural de Cubatão está sendo restabelecido gradualmente, com a pressão internacional e da população inicialmente, encontra-se em estado avançado a sua recuperação e apresenta melhor padrão de condições do ar<sup>6</sup>.

No mesmo período, os ambientalistas dos quatro cantos do país, demonstraram intensa preocupação com a construção da usina Hidrelétrica de Itaipu, que ao ano de 1982, destruiu as famosas Sete Quedas, no Rio Paraná, que foram cobertas de água em seu reservatório. Os ambientalistas sabendo de sua derrota frente aos interesses do governo, antes da inundação total a área, acamparam três mil ambientalistas pelo período de três dias, como uma forma pacífica de protesto (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 90).

Após o episódio da Hidrelétrica Binacional Itaipu, os interesses ecológicos se voltaram para a proteção da Amazônia, ocupando os debates tanto nacionalmente quanto internacionalmente. Obteve ênfase a luta e a história do seringueiro/ambientalista Chico Mendes, que lutou de modo incisivamente combativo contra o desmatamento da floresta amazônica, das extensas áreas destinadas a criação de gado (formando inclusive verdadeiros cordões humanos em torno da área destinada ao desmatamento pelos pecuaristas). Infelizmente as ameaças contra a vida do seringueiro forma cumpridas. Chico Mendes, foi assassinado, no mesmo ano da promulgação da nova Constituição Federal de 1988 (CF/88) (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 91-92).

Conforme Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, preconizam a necessidade de uma tomada de posição, de enfrentamento da problemática ambiental, por um desenvolvimento sustentável, sem deixar de corrigir o cenário preocupante de desigualdade social e não acesso, por imensa parte do povo brasileiro aos direitos sociais básicos, deste modo importando em somatório de degradação ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER *in* SARLET [Org.], 2010, p. 13), havendo a necessidade da elaboração do estado socioambiental efetivo. A partir desta perspectiva adentra-se no ecofeminismo e suas vertentes.

## 1. 1 O ECOFEMINISMO

Como apresentado no subitem anterior, engana-se quem estuda a problemática ambiental de modo isolado, pois os problemas ambientais concernem-se dentro de uma conjuntura sistêmica, emaranhado e ao mesmo tempo interdependente de questões econômicas e alargamento do relacionamento humano. Segundo Rosângela Angelin,

[...]as legislações dos Estados Democráticos primem, na maioria dos casos, pela proteção ambiental, como o Brasil, que possui um capítulo específico em sua atual Constituição Federal para tratar da qualidade ambiental e sua promoção como responsabilidade do Estado e da coletividade, o modo de produção capitalista segue

<sup>6</sup> Acesso ao documentário Despoluir é Possível de Marcia Rios, exibido no Jornal da Band em 03/06/2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Sm6XfzJgCNg>>.



centrando-se na exploração da natureza e dos seres humanos, contribuindo para o aprofundamento das crises ambientais e de desenvolvimento humano (ANGELIN, 2014, p. 1572).

Embora a história do feminismo é muito mais remota, é muito importante a sua proximidade com a ecologia. Simone de Beauvoir já refletia sobre a problemática da dominação e a repercussão do patriarcado na dominação tanto da natureza como da figura da mulher, referindo que “Foi a atividade do macho que, criando valores, constituiu a existência, ela própria, como valor: venceu as forças confusas da vida, escravizou a Natureza e a Mulher” (BEAUVOIR, 1960, p. 86)

No mesmo sentido, “[...] entendendo por tales los que no sólo demandan un reparo de recursos justo, sino plantean, además, otra forma de medir la calidad de vida” (PULEO, 2013, p. 08). É uma nova compreensão de qualidade de vida pressupondo modelos de desenvolvimento calçados em padrões polêmicos de condução social, em Estados com uma modelagem do capital patriarcal.

Abordando essa relação, importante considerar que

[...] mesmo nas épocas em que ainda se sentia confundido ante os mistérios da Vida, da Natureza, da Mulher, nunca abdicou seu poder; quando, assustado ante a perigosa magia da mulher, éle a põe como o essencial, é ele quem a põe e assim se realiza como o essencial nessa alienação em que consente; apesar das fecundas virtudes que a penetram, o homem permanece o senhor, como é o senhor da terra fértil; ela destina-se a ser dominada, possuída, explorada, como o é também a Natureza, cuja mágica fertilidade ela encarna (BEAUVOIR, 1960, p. 93).

Alicia Puleo, analisando os estudos de Andrew Dobson, mostra a necessidade de se remodelar uma concepção de cidadania, a partir da cidadania ambiental, que está voltada somente para o âmbito público e correspondendo a perspectivas liberais, para uma cidadania ecológica que se desenvolve tanto no mundo público quanto no privado, visando a ideia da não territorialidade ecológica, bem como um comprometimento coletivo (PULEO, 2013, p. 270-271).

Os autores Sung e Silva, definem ecologia como, “[...] a ciência que estuda as relações de intercâmbio e transformação de energia entre os seres vivos, engloba a relação de todas as coisas existentes entre si e com tudo o que existe.” Esse conceito não está restrito à biologia. Relaciona-se, inclusive, com a economia, que vem “[...] igualmente da palavra grega *oikos*, que significa casa. A ecologia é o estudo da casa (ou economia doméstica), de como os seres vivos se relacionam entre si e com a sua casa, o planeta terra” (SUNG; SILVA, 2007, p. 84).

Conforme Angelin, é imprescindível por um olhar na história da mulher para a compreensão de “[...] sua relação com a natureza nas mais diversas perspectivas: seja a natureza vista como um ambiente de espaço de vivências e manutenção da vida, ou a relação natureza/mulheres utilizada como uma



justificativa biológica para o exercício de relações de poder e opressão das mulheres (ANGELIN, 2014, p. 1572). A autora também refere que,

A vista disso é interessante notar que as mulheres possuem e, ao mesmo tempo desenvolveram, um ponto de encontro com o meio ambiente natural que foi sendo cada vez mais próximo, em decorrência de diversos fatores, entre eles o cuidado com a vida e, junto a isso, a **naturalização** dos papéis femininos, repassando responsabilidades para as mesmas que as aproximaram mais de situações envolvendo natureza. O que se deve ter presente como linha norteadora desse tipo de análise é o cuidado e a perspicácia para não se relativizar e universalizar a relação entre mulheres e natureza, a fim de não se incorrer no erro de **naturalizar** as identidades femininas numa visão determinista (ANGELIN, 2014, p. 1572, grifo original).

No quadro do desenvolvimento capitalista patriarcal, se insere o meio ambiente e as mulheres. Ivone Gebara, teóloga feminista latino-americana, contribui que o intuito do ecofeminismo é busca para a recuperação e valorização dos ecossistemas naturais e das mulheres, na conjuntura “Estas foram relegadas pelo sistema patriarcal e particularmente pela modernidade a serem força de reprodução de mão de obra, ‘ventres benditos’, enquanto a natureza tornou-se objeto de dominação em vista do crescimento do capital” (GEBARA, 1997, p. 10).

O termo ecofeminismo aparece pela primeira vez nos discursos de Françoise D’Eaubonne, em 1947 e segundo Sandra Duarte de Souza, ele “[...] sintetiza duas preocupações: a ecológica e a feminista. Ele pressupõe que existe uma conexão entre a dominação da natureza e a dominação da mulher” (SOUZA *in* MANDRÁGORA, 2000, p. 57). Conforme Maria Mies e Vandana Shiva,

O ecofeminismo originou-se de diversos movimentos sociais – de mulheres, pacifistas e ambientais – no final da década de 1970, os quais, em princípio, atuaram unidos contra a construção de usinas nucleares. O movimento ecofeminista traz à tona a relação estreita existente entre a exploração e a submissão da natureza, das mulheres e dos povos estrangeiros, pelo poder patriarcal (MIES; SHIVA, 1995, p. 23).

A reflexão trazida na apresentação da revista Mandrágora, escrita por Lieve Troch, vem ao encontro das preocupações do ecofeminismo, diante da impossibilidade de sobrevivência no exercício da dominação através de produção e desenvolvimento de tecnologias de maneira desenfreadas, de tal forma que “Inundações e desmoronamentos obrigam povos a se mudar e, em algumas partes do mundo, a terra não dá mais os alimentos necessários para a sobrevivência” (TROCH *in* MANDRÁGORA, 2000, p. 5).

Na mesma revista, Gebara retrata,

O sujeito é sujeito e objeto não separado, mas interdependente, interconectado com tudo o que se propõe a conhecer. E o conhecimento pessoal é apenas um aspecto dessa relação. Trata-se de articular





subjetividade / objetividade, individualidade / coletividade, transcendência / iminência, ternura / compaixão / solidariedade, plantas / humanidade, animais / humanidade a partir de uma perspectiva englobante (GEBARA *in* MANDRÁGORA, 2000, p. 21).

Na obra de Puleo encontra-se as três tendências do ecofeminismo,

**Ecofeminismo clássico.** Nesta tendência o feminismo denuncia a naturalização da mulher como um dos mecanismos de legitimação do patriarcado. Segundo o ecofeminismo clássico, a obsessão dos homens pelo poder tem levado o mundo a guerras suicidas, ao envenenamento e à destruição do planeta. Neste contexto, a ética feminina de proteção dos seres vivos se opõe à essência agressiva masculina, e é fundamentada através das características femininas igualitárias e por atitudes maternas que acabam pré-dispondo as mulheres ao pacifismo e à conservação da natureza, enquanto os homens seriam naturalmente predispostos à competição e à destruição (PULEO, 2002, p. 37-39, grifo original).

Para Rosemary Radford Ruether, nessa tendência há um pensamento que liga a mulher/natureza como se fosse uma busca social erguida no patriarcado, justificando a dominação, o uso das mulheres e do mundo natural como sua propriedade. “Na realidade, as mulheres não são mais natureza não humana tanto quanto os homens, ou, em outras palavras, os homens são outras criaturas tanto quanto as mulheres” (RUETHER *in* MANDRÁGORA, 2000, p.13). Porém, o ecofeminismo espiritualista conforme Puleo, difere:

**Ecofeminismo espiritualista do Terceiro Mundo.** Teve origem nos países do sul, tendo a influência dos princípios religiosos de Ghandi, na Ásia, e da Teologia da Libertação, na América Latina. Esta tendência afirma que o desenvolvimento da sociedade gera um processo de violência contra a mulher e o meio ambiente, tendo suas raízes nas concepções patriarcais de dominação e centralização do poder. Caracteriza-se também pela postura crítica contra a dominação, pela luta antisexistas, antiracista, antielitista e anti-antropocêntrica. Além disso, atribui ao princípio da cosmologia a tendência protetora das mulheres para com a natureza (PULEO, 2002, p. 37-39, grifo original).

Nessa linha, segundo Ruether, “As mulheres são as doam a vida, são as que alimentam e em seu ventre que cresce a vida humana. As mulheres também são as que recolhem o alimento, foram elas que inventaram a agricultura. Seus corpos estão em misteriosa sintonia com os ciclos da lua e as marés do mar.” Importante ainda reconhecer, contudo que “[...] os seres humanos primitivos fizeram da mulher a primeira imagem do culto, a deusa, a fonte de toda a vida” (RUETHER *in* MANDRÁGORA, 2000, p.14). A última tendência apresentada por Puleo, a linha construtivista:

**Ecofeminismo construtivista.** Esta tendência não se identifica nem com o essencialismo, nem com as fontes religiosas espirituais das correntes anteriores, embora compartilhe idéias como antiracismo,



anti-anthropocentrismo e anti-imperialismo. Ela defende que a relação profunda da maioria das mulheres com a natureza não está associada a características próprias do sexo feminino, mas é originária de suas responsabilidades de gênero na economia familiar, criadas através da divisão social do trabalho, da distribuição do poder e da propriedade. Para tanto, defendem que é necessário assumir novas práticas de relação de gênero e com a natureza (PULEO, 2002, p. 37-39, grifo original).

No contexto Ruether, apregoa, “Somente quando aprendermos a ligar nossas histórias e lutas, de um modo concreto e autêntico, com as das mulheres do lado inferior do atual sistema de poder e lucro, poderemos começar a ter uma idéia do que significa a teologia e a ética ecológica” (RUETHER *in* MANDRÁGORA, 2000, p.17). Olvida-se assim, ao ecofeminismo, pois

Precisamos manter em mente, firmemente, a realidade destas mulheres, que carregam nos braços a criança que morre de desidratação por causa da água poluída; que caminham longas horas para atender as necessidades básicas; e que continuam a lutar para atender as necessidades básicas; **e que continuam a lutar para defender a vida com uma tenacidade que se recusa a ser derrotada e celebra com uma plenitude de espírito que desmente a aparente desesperança da situação** (RUETHER *in* Mandrágora, 2000, p.17, grifo das autoras).

Para Angelin, “[...] as ideias do ecologismo social, envolvendo a preocupação pela natureza e também pelas injustiças sociais, sempre estiveram presente nas ideias ecofeministas, uma vez que todas as correntes desse movimento relacionam o vínculo entre a opressão da natureza e das mulheres e buscam sua superação” (ANGELIN, 2014, p.1586). Maria da Glória Gohn complementa no que se refere as três fases diferenciadas em prol da luta pelos Direitos Humanos às mulheres:

A primeira fase teria ocorrido entre os séculos XVII e o período inicial do século XX, momento este em que as mulheres lutaram organizada e coletivamente por reconhecimento da igualdade de direitos, no âmbito legal, como o direito ao voto e à igualdade nas relações de trabalho. Num segundo momento, ocorrido entre os anos de 1960 e 1980, a plataforma dos movimentos feministas apresentava-se ligada à busca da mudança de paradigmas envolvendo a sexualidade, o combate à violência, o mercado de trabalho. E, a terceira fase dos movimentos feministas teria iniciado após a década de 90, no momento em que as mulheres ampliaram o debate da sua sexualidade e buscaram libertação sexual. Também nesse período, as mulheres sustentaram a prerrogativa de mudanças e reconhecimento de suas novas identidades (GOHN, 2010, p. 136).

Em entrevista cedida à Maricel Milena López, a teóloga Ivone Gebara, traduz sua concepção de ecofeminismo:



[...] é ecologia com feminismo. Então ecologia e feminismo vão juntas como uma preocupação dos nossos tempos, que nos desafiam a respeitar as mulheres que são desrespeitadas pelo sistema patriarcal e a respeitar a natureza explorada pelo sistema capitalista também patriarcal (LÓPEZ *in* MANDRÁGORA, 2000, p. 79).

Após breve, mas importante estudo do ecofeminismo e de suas vertentes ideológicas, adentra-se na perspectiva Gaia, na constituição do sagrado do feminino.

## 1.2 GAIA: “MÃE” NATUREZA

A figura da mulher sempre esteve relacionada com a natureza, para Souza “A associação natureza e mulher/divindade feminina estaria assim relacionada a uma ‘qualidade’ em comum: a capacidade procriativa, sugerindo uma conexão biológica entre mulher e natureza” (SOUZA *in* MANDRÁGORA, 2000, p. 60). Para a mitologia, era a deusa principal, gerou todos os demais deuses, é considerada a deusa-terra, “[...] é a grande mãe: os deuses celestiais foram descendentes de sua união com Uranos (o Céu), os deuses marinhos de sua união com Pontos (o Mar), [...] e as criaturas mortais foram crescendo ou nascendo de sua matéria terrena” (ARAÚJO, s.a.,s.p.).

Angelin denota que, “[...] outra relação a ser evidenciada referente à proximidade das mulheres com a natureza é o surgimento da agricultura. De acordo com indícios arqueológicos remontados aos primeiros sinais de cultivo da terra, a agricultura foi uma invenção das mulheres que, ao exercerem a coleta de alimentos [...]” (ANGELIN, 2014, p. 1575).

A austríaca Riane Eisler, em sua obra traduz o reforço pelos diversos mitos religiosos antigos que explicitamente atribuem a invenção da agricultura à Deusa. Os documentos egípcios, por exemplo, referem-se insistentemente à Deusa Ísis como inventora da agricultura. Nas tábuas mediterrâneas, a Deusa Ninlil é reverenciada por ensinar seu povo a cultivar o solo. Tanto na arqueologia como na mitologia, há numerosas associações não verbais que ligam a Deusa à agricultura” (EISLER, 2007, p. 121). A autora Angelin também busca na antiguidade que,

Uma das primeiras representações divinas criadas pelos seres humanos foi a figura da *Deusa*, que representava a **mãe terra**. Conforme a mitologia grega, a Grande Mãe criou o universo sozinha, sendo Gaia a criadora primária, a **Mãe Terra**. Também as religiões pagãs antigas, como as dos Vikings e Celtas, tinham uma relação próxima com a natureza e cultuavam deusas, concedendo um destaque especial para as mulheres, pois estas tinham uma proximidade muito grande com a **Mãe Terra**, ambas possuindo o poder da fertilidade (ANGELIN, 2014, p. 1573, grifo original).

Eisler vai ainda mais longe, que os antepassados do período paleolítico e início do neolítico viam o físico da mulher como se fosse uma espécie de **receptáculo mágico**. “Devem ter observado como sangra de acordo com a lua



e como miraculosamente produz gente. Também devem ter-se maravilhado com o fato de ele prover alimento, produzindo leite” (EISLER, 1996, p. 39-40, grifo da autora). Angelin analisa a mitologia celta e como a figura feminina deixa de ser idolatrada em prol de um deus masculino:

Na mitologia celta, as mulheres eram invulneráveis, inteligentes, poderosas, guerreiras e líderes de nações. As mulheres também foram os primeiros seres humanos a descobrir os ciclos da natureza, pois era possível compará-los com o ciclo do próprio corpo. Com o cristianismo, a sociedade ocidental afastou-se destas origens pagãs de contato com a natureza e a mulher perdeu seu destaque, já que o Deus cultuado passou a ser masculino. A única figura feminina sagrada preservada foi a de Maria, mas não como uma divindade, e sim como uma intermediária de Deus, uma coadjuvante (ANGELIN, 2014, p. 1573).

Na passagem descrita por Angelin, observa-se como a deusa passou a ser o deus, da adoração de um feminino para a adoração de uma figura masculina, perspectiva que vai de encontro à Ruether que pondera que, a religião da Deusa foi substituída pela adoração a um deus masculino e monoteísta, que mais tarde serviria de base para a cultura judaico-cristã. Constata-se então que, a partir disso, a sociedade começou a se organizar cada vez mais de forma hierárquica, autoritária e masculina (RUETHER, 1993, p. 50-51).

Numa interpretação realizada por Souza, muitos estudiosos da teologia, entendem que a dessacralização da natureza permitiu a depredação e o domínio, oferecem assim, um lugar especial a figura feminina na luta ecológica, pois retratam a mulher e a natureza como sujeitas a exploração patriarcal, portanto sendo ela, a mulher, uma parte com interesse em sua superação (SOUZA *in* MANDRÁGORA, 2000, p. 61). Para Souza as teóricas ecofeministas dão ênfase nos paralelos entre os sexos e estabelecem,

[...] o que é do terreno feminino (**preocupação com a vida, cuidado com o outro, sensibilidade, afetividade intuição**) e o que é do terreno masculino (competitividade, agressividade, lucratividade racionalidade excessiva), privilegiando, dessa forma, os valores associados ao feminino em relação aqueles associados ao masculino, constituindo assim uma inversão hierárquica” (SOUZA *in* MANDRÁGORA, 2000, p. 59, grifo da autora).

José Lutzenberger em sua grande preocupação com o meio ambiente também venera a natureza utilizando-se a expressão Gaia. Faz referência específica a natureza brasileira para a sua recuperação, “Que fantástico país, maior refúgio de Vida do planeta, poderíamos ser. Irradiando daqui, poder-se-ia recuperar a saúde de Gaia. Ainda há chances. Em uma ou duas décadas poderá ser tarde demais” (LUTZENBERGER, 2012, p. 91-92). Na construção de Eisler, “[...] o universo como uma Mãe generosa, de cujo ventre aflora toda a vida, e ao qual tudo retorna depois da morte para em seguida ressurgir, como nos ciclos da vida vegetal” (EISLER, 2007, p. 29). Fritjof Capra, também traduz em sua lição,



Até onde isso diz respeito à ciência atual, e até onde isso diz respeito a uma definição de vida, o maior sistema vivo é a Terra. É esta a Hipótese Gaia, segundo a qual a Terra é um sistema vivo. O Sistema Solar não é considerado um sistema vivo pela maioria das pessoas. E, então, quando se vai além do Sistema Solar, para a galáxia e para o universo como um todo, você deixa as ciências da vida, exceto nos casos de algumas especulações muito controversas. Portanto, eu diria que o maior sistema para o qual há cientistas que concordam em usar o adjetivo **vivo** é o planeta (CAPRA, 1991, p.77, grifo original).

O mesmo ainda contempla “Gaia, a Terra viva, é a fonte silenciosa de tudo [...]. Ela nos proporciona o contexto para o novo pensamento a respeito de Deus e da Natureza” (CAPRA, 1991, p. 4).

Após breve explanação sobre a preponderância do misticismo sobre a natureza e sua conjugação com a figura feminina adentra-se no estudo da ECO-92 e o princípio nº 20 da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que ressalta a figura feminina com responsabilidades para com o cuidado ao meio ambiente.

### 1.3 A ECO-92 E O PRINCÍPIO Nº 20 DA DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO

A Conferência do Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas (ECO-92) foi um grande evento em prol do meio ambiente, realizada em junho de 1992, no Rio de Janeiro. A Conferência ficou conhecida como Cúpula da Terra, reunindo mais de 100 chefes de Estado para debater formas de desenvolvimento sustentável, conceito relativamente novo à época, pois fora utilizado pela primeira vez em 1987, no relatório Brundtland, pela Organização das Nações Unidas (ONU). Norteando as discussões sobre um modelo de crescimento econômico menos consumista e mais preocupado com questões ambientais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 85).

Desta Conferência, surgem diversos documentos importantes: a Agenda 21; a Convenção da Biodiversidade; a Convenção das Mudanças Climáticas; a Carta da Terra e a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento.

Para a presente discussão e em pertinência ao trabalho, convêm a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que em seu princípio nº 20 elenca a importância da mulher para com o cuidado e uma perpetuação do meio ambiente ecológico, referindo que “**As mulheres** têm um papel vital no gerenciamento do meio ambiente e no desenvolvimento. Sua participação plena é, portanto, essencial para se alcançar o desenvolvimento sustentável” (ONU, 1992, grifo das autoras).

Princípio este, que vem a reconhecer a figura ecofeminista da mulher para a ecologia, para a natureza, ao uso de modo racional do meio ambiente através do chamado desenvolvimento sustentável. O uruguaio Guillermo Kerber apresenta,



A la recuperación de la dimensión religioso – sagrada de la naturaleza llevada adelante por la nueva era ecológica a la que estamos entrando se agrega um imperativo ético, [...] es claro que la tierra está ordenando a la comunidade humana que assuma una responsabilidade jamás atribuída a cualquier generación precedente. La tierra insiste para que assumamos mayor respnsabilidad, proporcional al mayor conocimiento que nos fue comunicado (KERBER *in* MANDRÁGORA, 2000, p. 35).

Kerber, na passagem acima refere-se a importância da recuperação da dimensão religiosa da natureza, de sua ética ecológica e do compromisso com uma responsabilidade maior com conhecimento que foi repassado com o cuidado com a terra.

Nesta perspectiva se identificam as muitas mulheres agricultoras existentes, na luta camponesa, que lutam pela manutenção de sementes tradicionais, pela não transgenia e por uma alimentação saudável sem o uso de agrotóxicos (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.). Esta diretriz nº 20 advinda da ECO-92 é um reflexo da luta das mulheres camponesas, figura que se passe a estudar no próximo interím.

#### 1.4 A MUHER NA VIA CAMPESINA

A mulher agricultora, passa a se articular e assim conseguem se manter fortes e unidas em prol de suas reivindicações, representando um movimento muito importante dentro da sociedade brasileira. Suas integrantes são compostas por:

Somos mulheres camponesas: agricultoras, arrendatárias, meeiras, ribeirinhas, posseiras, bóias-frias, diaristas, parceiras, extrativistas, quebradeiras de coco, pescadoras artesanais, sem terra, assentadas... Mulheres índias, negras, descendentes de europeus. Somos a soma da diversidade do nosso país. Pertencemos à classe trabalhadora, lutamos pela causa feminista e pela transformação da sociedade (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.).

O movimento das agricultoras rurais surge nos anos 80 através de diferentes movimentos nos estados brasileiros no campo, construindo sua própria organização. Sua motivação fora erguida pelo reconhecimento, bem como a valorização como trabalhadoras rurais, lutando por uma libertação, por sindicatos, acesso a documentos pessoais de identificação, direitos da previdência e uma maior participação política (LA VIA CAMPESINA MOVIMENTO CAMPESINO INTERNACIONAL, 2011, s. p).

Elas se articularam de forma que estabelecem:

Com este processo, sentimos a necessidade de articulação com as mulheres organizadas nos demais movimentos mistos do campo. Em 1995, criamos a Articulação Nacional de Mulheres Trabalhadoras Rurais, reunindo as mulheres dos seguintes movimentos:



Movimentos Autônomos, Comissão Pastoral da Terra – CPT, Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra - MST, Pastoral da Juventude Rural - PJR, Movimento dos Atingidos pelas Barragens – MAB, alguns Sindicatos de Trabalhadores Rurais e, no último período, o Movimento dos Pequenos Agricultores – MPA (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.).

Todos esses movimentos articulados foram marcados por:

**Mobilizações:** acampamentos estaduais e nacional. Celebração de datas históricas e significativas como o dia 08 de março, Dia Internacional da Mulher; 28 de maio, Dia Internacional de luta pela saúde da mulher; 12 de agosto, dia nacional de luta das mulheres trabalhadoras rurais contra a violência no campo e por Reforma Agrária; 7 de setembro, Grito dos Excluídos.

**Lutas:** a continuidade e ampliação dos direitos previdenciários, a saúde pública, novo projeto popular de agricultura, reforma agrária, campanha de documentação.

**Formação:** política – ideológica, direcionada aos diferentes níveis da militância e da base.

**Materiais:** elaboração e produção de cartilhas, vídeos, panfletos, folhetos e cartazes como instrumentos de trabalho para a base e para as lutas (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p., grifo da autora).

Após diversos eventos e encontros entre os movimentos apontou-se a identificação dos grupos que como autônomos visam uma concretude adotando a terminologia “**Movimento de Mulheres Camponesas**” (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.). Os valores que as mulheres camponesas enquanto organização destacam-se algumas das quais: “[...] Respeitar as diferenças; Ética; Disciplina; Construir novas relações; [...] solidariedade; Amor à luta; Companheirismo; Valorização da mulher e de todos os seres humanos [...]Mística revolucionária e feminista [...] Preservação, conservação e proteção da natureza [...]” (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.).

Os grupos ainda enfatizam uma “[...] Mística do MMC [...] razão de ser no desejo de justiça e felicidade que nos anima na luta, no trabalho de base. A terra, a água, o fogo e ar são elementos que dão significados à mística da vida” (MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS, s.a, s.p.).

No ano de 2000, surge a Marcha das Margaridas, que recebeu grande amplitude na América Latina que consiste em:

A Marcha das Margaridas é uma ação estratégica das mulheres do campo e da floresta que integra a agenda permanente do Movimento Sindical de Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais (MSTTR) e de movimentos feministas e de mulheres. É um grande momento de animação, capacitação e mobilização das mulheres trabalhadoras rurais em todos os estados brasileiros, além de proporcionar uma reflexão sobre as condições de vida das mulheres do campo e da floresta. Por ser permanente, as mulheres trabalhadoras rurais seguem, diariamente, lutando para romper com todas as formas de



discriminação e violência, que trazem conseqüências perversas à vida delas (MARCHA DAS MARGARIDAS, s.a., s.p.).

Movimento assim intitulado devido à líder sindical Margarida Maria Alves, presidente de sindicato rural em Alagoa Grande/Paraíba, foi brutalmente assassinada por ordem de usineiros na região, por conflito de interesses e especificamente “[...] à época de sua morte havia movido 73 ações trabalhistas de trabalhadores rurais das usinas por direitos trabalhistas. Esse foi o motivo do crime” (MOTTA, s.a, s.p).

No presente tópico, observa-se toda uma luta e articulação da mulher agricultora na via campestre pelo atendimento de suas reivindicações que compreendem diversas áreas dentre essas o cuidado com a natureza, conservação de sementes, a abdicção aos agrotóxicos, a mística dos elementos da natureza. Questões essas fundamentais e que por muitas vezes são ignoradas por grande parte das pessoas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo da evolução da instalação da crise ambiental denotam-se diversos fatos que ocorreram no país e no globo que levaram as pessoas a não se conformar com a situação e reivindicar a proteção ecológica. Para complementar essas tentativas de superação é importante a figura da mulher através do surgimento do ecofeminismo, que visa a proteção do meio ecológico com a junção de lutas femininas. Embora uma das correntes visem um viés mais místico ou até sagrado entre a natureza e a responsabilidade da mulher no seu cuidado, uma maior introspeção holística e vice-versa.

O surgimento da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento a partir dos debates advindos da ECO-92, insculpiram na mesma o artigo nº 20, o qual traz o papel relevante do cuidado a natureza frente a um desenvolvimento sustentável. E por fim, a relevante luta da mulher rural campestre, que conquista grandes articulações e assim fazem-se ouvir suas reivindicações e sempre voltam ao debate para que não sejam esquecidas e que possuem grande efetividade em seu meio social.

A partir do estudo, percebe-se que a natureza possui diversos atores preocupados com ela, seja o ecofeminismo ou o movimento das mulheres campestres. Denota-se também que o ecofeminismo é importante para o meio ambiente e para a mulher no meio em que ela se encontra inserida atendendo a perspectiva Gaia, pois pode ocorrer que os saberes ancestrais e o cuidado quando não são cultivados podem não ser perpetuados.

## REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela. **Gênero e meio ambiente:** a atualidade do ecofeminismo. Disponível em: <<http://www.espacoacademico>>. Acesso em: 03 de set. 2016.





ANGELIN, Rosângela. “Mulheres, ecofeminismo e desenvolvimento sustentável diante das perspectivas de redistribuição e reconhecimento de gênero”. In: **Mulheres, ecofeminismo e desenvolvimento sustentável diante das perspectivas de redistribuição e reconhecimento de gênero. Estamos preparados?**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)> - ISSN 1980-7791. Acesso em 03 de set. de 2016. p. 1569-1597.

ARAÚJO, Ana Paula de. **Gaia**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/mitologia/gaia/>>. Acesso em: 23 de set. 2016.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. Ed. Tradução de Sérgio Milliet; Capa de Fernando Lemos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

CAPRA, Fritjof. **Pertencendo ao universo**. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B-YLV8egGwSuYWtZaFRNOHhhdDg>>. Acesso em 20 de set. 2016, 1996.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. Cláudia Sant’Anna Martins. 1 ed. São Paulo: Gaia, 2010.

EISLER, Riane. **O prazer sagrado: sexo, mito e política do corpo**. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 1996.

EISLER, Riane. **O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro**. Trad. de Ana Luiza Dantas Borges, Rocco. Rio de Janeiro, 2007.

FETASE. **Marcha das margaridas**. Disponível em: <http://fetase.org.br/mobilizacoes/marcha-das-margaridas/>. Acesso em: 23 de set. 2016.

GEBARA, Ivone. **Teologia Ecofeminista**. São Paulo: Editora Olho d’Água, 1997.

GEBARA, Ivone. Epistemologia Ecofeminista. **Revista Mandrágora: Revista de Estudos de Gênero e Religião**. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumênico de Pós- Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMEP, Ano VI. n.6, p. 18-27, dez. 2000.

GOHN, Maria da Glória. **Novas teorias dos movimentos sociais**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2010, p. 136.



KERBER, Guillermo. Raíces procesuales y ecofeministas del panenteísmo de Leonardo Boff. Teoria, **Revista Mandrágora**: Revista de Estudos de Gênero e Religião. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumênico de Pós- Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMESP, Ano VI. n.6, p. 28-35, dez. 2000.

LÓPEZ, Maricel Mena. Ecofeminismo, um jeito de abraçar as diferenças e construir um mundo diferente. **Revista Mandrágora**: Revista de Estudos de Gênero e Religião. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumênico de Pós-Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMESP, Ano VI. n.6, p. 79-84, dez. 2000.

LUTZENBERGER, José A. **Crítica ecológica do pensamento econômico**. Porto Alegre: L&PM, 2012.

MIES, Maria; SHIVA, Vandana. **Ökofeminismus**. Beiträge zur Praxis und Theorie. Zürich: Rotpunkt-Verlage, 1995.

MOTTA, Beto. A história da líder sindical brasileira que deu origem a marcha das margaridas. Disponível em: < <http://www.fetaesc.org.br/wp/noticias/a-historia-da-lider-sindical-brasileira-que-deu-origem-a-marcha-das-margaridas/>>. Acesso em: 23 de set. 2016.

MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS. **História**. Disponível em: <<http://www.mmcbrazil.com.br/site/node/44>>. Acesso em: 23 de set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang [Org.]. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos, e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014a, p. 37-146.

ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro, Brasil: 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 28 de set. de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014b, p. 27-65; 78-84 e 114-159.

SOUZA, Sandra Duarte. Teoria, teo(a)logia e espiritualidade ecofeminista: uma análise do discurso. **Revista Mandrágora**: Revista de Estudos de Gênero e



Religião. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumênico de Pós- Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMESP, Ano VI. n.6, p. 57-64, dez. 2000.

SUNG, Jung Mo; SILVA, Josué Cândido da. **Conversando sobre ética e sociedade**. 14. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 83-94.

PULEO, Alícia H. **Feminismo y Ecología**. El Ecologista. n. 31. Espanha, 2002.

PULEO, Alícia H. **Ecofeminismo: para otro mundo posible**. Segunda Edición. Valência (Espanha): Ediciones Cátedra Universitat de València – Instituto de la Mujer, 2013.

RUETHER, Rosemary Radford. **Sexismo e Religião: rumo a uma teologia feminina**. Trad. de Walter Altmann; Luís Marcos Sander. São Leopoldo, RS: Sinodal, 1993.

RUETHER, Rosemary Radford. Ecofeminismo: mulheres do primeiro e terceiro mundos. **Revista Mandrágora: Revista de Estudos de Gênero e Religião**. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumênico de Pós- Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMESP, Ano VI. n.6, p. 11-17, dez. 2000.

RUSCHEL, Caroline Vieira. **Parceria ambiental: o dever fundamental de proteção ambiental como pressuposto para a concretização do Estado de Direito Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2010.

TROCH, Lieve. Apresentação. **Revista Mandrágora: Revista de Estudos de Gênero e Religião**. Núcleo de estudos teológicos da mulher na América Latina/ do Curso de Pós-Graduação em Ciências da Religião da Universidade Metodista de São Paulo (UMESP) e do Instituto Ecumênico de Pós-Graduação em Ciências da Religião. São Bernardo do Campo, SP: UMESP, Ano VI. n.6, p. 5, dez. 2000.

LA VIA CAMPESINA MOVIMENTO CAMPESINO INTERNACIONAL. **Jornada da via campesina mobiliza 10 estados contra os agrotóxicos**. Disponível em: <<https://viacampesina.org/es/index.php/temas-principales-mainmenu-27/mujeres-mainmenu-39/1121-jornada-da-via-campesina-mobiliza-10-estados-contra-agrotoxicos>>. Acesso em 23 de set. 2016.



## **POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO EM PROL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

*Paula Vanessa Fernandes<sup>1</sup>  
Marcelo Schenk Duque<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A imagem culturalmente construída dos deficientes sempre foi de “anormalidade”. Assim foram estabelecidos modelos padronizados com relação ao ser humano que poderiam ser considerados normais, e diante disso, os que não se encaixavam nesse modelo eram submetidos aos atos mais perversos. Conseqüentemente, comportamentos preconceituosos foram historicamente consolidados sob o manto da discriminação e as pessoas com os mais variados tipos de deficiência seriam empurradas para a margem da história.

Em um primeiro momento o artigo abordará a questão da inclusão dos direitos das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988, que de forma paradigmática passou a prever um extenso rol de direitos de promoção e proteção das pessoas com deficiência, o qual conseguiu promover a passagem da fase da invisibilidade para a fase de reconhecimento como sujeito social, escrevendo um capítulo mais feliz para essa história.

Em um segundo momento, diante da compreensão de que atualmente existe certa discrepância entre o contexto social e o texto constitucional, far-se-á uma análise conjunta da problemática questão da implementação de políticas públicas por parte do Estado, e a conseqüente provocação do Judiciário perante a omissão dos poderes políticos, onde serão respondidas as seguintes indagações: Por qual razão o Estado não consegue efetivar essa previsão de direitos fundamentais no plano material? O problema está centrado nas questões culturais, financeiras, políticas e/ou sociais que influenciam o modo de agir do Estado? O Poder Judiciário está legitimado a agir ante a omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo?

Logo, observa-se, diante da existência de aproximadamente 46 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência e diante da ineficiência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a imprescindibilidade social e jurídica do estudo do referido tema, justificando-se em desenvolver um debate acerca da implementação de instrumentos eficazes em defesa da efetivação e consolidação das políticas públicas para promover a concretização de uma

---

<sup>1</sup>Graduada em Direito pelo Instituto Educacional Santo Ângelo (IESA). Pós-Graduada em Direito Processual Civil e temas relevantes de Direito Civil das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). Mestranda em Direito da Universidade Regional Integrada Alto das Missões - campus Santo Ângelo - RS. Advogada. E-mail: paulah.adv@gmail.com.

<sup>2</sup>Doutor em Direito do Estado pela UFRGS/ed. *Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, Alemanha. Professor do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Membro da Associação Luso-Alemã de Juristas: DLJV – *Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung*.



sociedade livre, justa e solidária, conforme preconizada pela Constituição Federal.

## **1 DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

A deficiência sempre esteve presente na história da humanidade, o que sofreu sensível mudança foram os comportamentos e os conceitos adotados. Atribui-se a essas formas diferentes de tratamento os aspectos relativos a fatores econômicos, culturais, políticos e religiosos que constituíram a sociedade em cada época. Epistemologicamente, verifica-se que o caminho trilhado por esse grupo está vinculado a ideia de marginalização e de muita luta em prol do reconhecimento dos seus direitos. Nesse panorama, foram culturalmente estigmatizados como incapazes simbolizando para sociedade a imperfeição humana.

Essa concepção de julgar o outro como diferente por ele ter características que são inerentes a sua condição física ou mental, nos remete a obra “X-men e a Filosofia” em que o autor relata o interesse de alguns personagens em ir atrás da cura para as suas anomalias, mesmo que essas anomalias lhes concedam poderes de super-heróis, mas por apresentar fisicamente um aspecto diferente encontram dificuldades de se aceitarem e de serem aceitos em um meio em que são na grande maioria das vezes taxados e rotulados com algum adjetivo pejorativo, e por essa razão são excluídos do convívio social.

Nesse cenário, essa passagem de uma história fictícia lida sob as lentes da filosofia assemelha-se com o medo, a perseguição e a indiferença real que as pessoas com deficiência tiveram que enfrentar durante toda a sua trajetória, e inclusive no processo pela busca da concretização do princípio da igualdade material e formal. De acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do ano de 2010, existe em torno de 46 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência no Brasil (<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo>). Já segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU) esse número fica em torno de 650 milhões de pessoas no mundo (<http://www.un.org/disabilities/default>).

Ressalta-se, que por mais que a deficiência esteja intrinsecamente ligada ao desenvolvimento da história, os debates envolvendo a sua proteção e a inclusão tanto em âmbito internacional como nacional são recentes. Nesse viés, o constituinte de 1988 com a tentativa de implementar o Estado Social trouxe um importante avanço ao editar normas a respeito dos direitos dessa minoria, sendo a primeira constituição brasileira a revelar de maneira ampla e abrangente dispositivos específicos de forma a mitigar esse tratamento cultural de segregação que fora imposto.

O caminho percorrido pelas pessoas com deficiência pode ser explicado em quatro fases, sendo a primeira da intolerância, a seguinte da invisibilidade, a terceira ocorreu sob um viés assistencialista, por fim, a quarta fase foi guiada pelo reconhecimento de direitos, ou seja, começaram a aflorar a política da inclusão e a necessidade de superar os obstáculos culturais, físicos ou sociais para a concretização do exercício dos direitos outorgados (PIOVESAN, 2014,



p. 472). As fases da intolerância, da invisibilidade e do assistencialismo foram desenvolvidas em um contexto marcado pela construção de categorias de identidade estigmatizada, onde se criaram adjetivos pejorativos para marcar todos aqueles que não se encaixam nos padrões exigidos pela sociedade.

Nesse sentido, pode-se dizer, que a “Deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas que também denuncia a estrutura social que oprime a pessoa deficiente.” (DINIZ, 2007, p. 9). Essa definição é o que Erving Goffman, denomina de estigma, ou seja, um atributo construído nas relações interpessoais, em que grupos dominantes constroem uma identidade deteriorada para o estigmatizado, a qual lhe reduz significativamente as possibilidades de inserção na sociedade, de modo que, atitudes empreendidas pelo meio social foram responsáveis por estabelecer um significado pejorativo da deficiência. Em vista disso, o termo deficiência confundiu-se com o conceito de inferioridade ocasionando um longo processo de discriminação (GOFFMAN, 2004, p. 08).

O primeiro documento internacional a prever normas de proteção específica sobre as pessoas com deficiência mental foi a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental de 1971, a qual instituiu um conjunto de princípios e direitos fundamentais, visando assegurar um mínimo de proteção a esse grupo. Esse instrumento legítima e reconhece os direitos fundamentais conferidos as pessoas com deficiência mental, estando em plena consonância com os valores de uma sociedade fundada na premissa da valorização do ser humano, nela estão a saber: direito ao tratamento isonômico, à educação, a capacitação profissional, ao atendimento médico especializado, à reabilitação, a exercer uma atividade produtiva, a viver em família, a ser protegida contra explorações, abusos ou tratamentos degradantes e a ser assistida em processos judiciais (PIOVESAN; SILVA; CAMPOLI, 2014, p. 469).

Já em âmbito nacional, ao analisar a história constitucional brasileira percebe-se que somente em 1978 com a emenda constitucional número 12 houve a previsão de um considerado rol de direitos e garantias a esse grupo estigmatizado. Essa emenda criava possibilidades de melhores condições de vida, concedendo o direito à educação gratuita, “[...] assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho e ao serviço público e a salários e “possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos” (PIOVESAN, 2014, p. 912).

Não há dúvidas que a edição dessa emenda representou uma grande conquista na defesa dos direitos dos deficientes, no entanto, pelo advento do regime ditatorial não foi possível alcançar a efetividade que se esperava dessa norma (PIOVESAN, 2014, p. 466). Somente com o fim desse turbulento período e com a reconstitucionalização do país foi atribuída a Constituição o status de força normativa. Esse processo de transformação teve uma grande contribuição para a inserção de um constitucionalismo preocupado com bem-estar social, dando lugar a um estado democrático social. É o que a doutrina costuma chamar dos profundos reflexos trazidos pela inovação constitucional,



que influenciam a própria interpretação do direito como um todo (MARQUES, 2016, p. 683).

O marco de transição aconteceu então sob a égide da Constituição Federal de 1988, onde se tornou possível falar em reconhecimento formal de direitos das pessoas com deficiência, sendo o documento mais importante na proteção de valores e bens jurídicos fundamentais. Barroso ressalta, que “a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2009, p. 246).

Destacam-se, ainda, nesta Constituição significativas inovações que são garantias adicionais pra concretizar os direitos fundamentais, como a aplicabilidade imediata das normas definidoras de tais direitos (que alcançaram o status de cláusula pétrea, os instrumentos de combate à omissão dos Poderes Públicos (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão); e a consagração dos direitos coletivos e difusos, com os instrumentos processuais próprios (constitucionalização da ação civil pública e mandado de segurança coletivo), de forma a ampliar o alcance da tutela jurisdicional. (PIOVESAN; SILVA; CAMPOLI, 2014, p. 467).

O advento do constitucionalismo contemporâneo possibilitou a incorporação no plano jurídico, político, religioso e social de novos valores. Uma das suas principais características conduz a defesa da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da cidadania e da democracia. “Vale dizer, a elaboração legislativa, a interpretação jurídica e o desenvolvimento das atividades administrativas devem se pautar por esses princípios, a fim de alcançar o ideal de uma sociedade mais justa, democrática e igualitária” (PIOVESAN; SILVA; CAMPOLI, 2014, p. 467).

A dignidade humana é um princípio fundamental que corresponde ao respeito pelo próximo pelo simples fato de sua existência. “É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência” (BARROSO, 2009, p. 252).

Na prática, isso significa que a tradição democrática ocidental aponta para a proteção da dignidade humana como um fim supremo de todo o direito (BENDA, 1994, Rdnr. 4), de modo que a sua afirmação como fundamento do Estado lhe conduz ao cume do ordenamento jurídico (DUQUE, 2014, p. 237s.), enquanto conceito-chave (*Schlüsselbegriff*) na relação entre a pessoa e o Estado (STERN, 1988, p. 15). Essa é a razão pela qual a Constituição de 1988, alinhada às diretrizes do constitucionalismo de valores, trouxe, com uma imensa carga axiológica, diversos artigos referentes à proteção das pessoas com deficiência, com o objetivo de minimizar as diferenças que até então colocava essas pessoas a viver sob o manto da invisibilidade.

Mais do que invocar a tutela da igualdade, da liberdade e de garantir um mínimo existencial, significou a projeção de um espaço de integridade, de cidadania e de respeito às diferenças a ser assegurado a todas as pessoas. O



surgimento desse novo ideal constitucional foi responsável pela institucionalização de novos paradigmas, atravessando fronteiras que antes eram bem delimitadas pelo Estado positivista, caracterizado pela supremacia das normas em face da Constituição, onde restava a esta representar uma mera carta de boas intenções, no sentido estritamente programático do termo, que aponta para a não exequibilidade (FERREIRA FILHO, 2010, p. 416).

O constitucionalismo hoje se justifica a partir do reconhecimento da força normativa a Constituição, no sentido de que as normas constitucionais foram concebidas para se tornar efetivas (HESSE, 1959, p. 8). Paralelamente a isso, o moderno constitucionalismo de valores aponta para o fato de que a Constituição situa-se no centro do ordenamento jurídico, de modo a que todos os demais ramos do direito convirjam para ela, passando a ser lidos e interpretados conforme sua orientação valorativa (DUQUE, 2013, p. 391ss).

Assim, os direitos assegurados relativamente à pessoa com deficiência, se encontram nos seguintes artigos da Constituição Federal de 1988: artigo 7º, XXXI, que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e estabelece critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, do artigo 23 que estabelece a competência dos entes para cuidar da saúde e da assistência pública, do artigo 24 que cuida da inclusão, do artigo 37 que prevê reserva de vagas em cargos públicos, dos artigos 201 e 203 que cuida da habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, garantindo um salário mínimo mensal se não tiver outros meios de sustento, do artigo 208 que tutela um atendimento educacional especializado, do artigo 227 que prevê a criação de programas de prevenção e facilitação de acesso, e por fim do artigo 244 que impõem a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é o principal instrumento responsável pela reinserção de valores no direito brasileiro. Destaca-se que esse conjunto amplo de direitos fundamentais atinentes as pessoas com deficiência foi inspirado em um lento processo histórico dos movimentos das minorias em busca de reconhecimento como sujeitos de direitos. Constituiu-se assim, um sistema humanitário preocupado em estabelecer uma sociedade que contemple espaços para todos, sem qualquer discriminação.

Axel Honneth aborda o processo de inclusão e de reconhecimento consubstanciado com a institucionalização normativa do direito à igualdade, o qual aspira em uma sociedade multiculturalista à preocupação em construir um ambiente fundamentado na autodeterminação e no respeito a todas as diferenças, sendo primordial que se reconheça o outro como participante das relações intersubjetivas (HONNETH, 2009, p. 136). Na prática, se existe um agir social é porque existe intersubjetividade, um pensar comunicativo, na base das relações sociais (OLIVEIRA JR, 2010, p. 5). Para viabilizar esse processo de integração social se torna necessário antes assegurar “condições de reconhecimento mútuo em que a formação da identidade pessoal e, por consequência, a autorrealização individual podem desenvolver-se de maneira adequada” (HONNETH, 2009, p. 136).





Nessa linha de pensamento, a teoria crítica do reconhecimento elaborada por Nancy Fraser, compreende que no contexto atual a luta empreendida pelos movimentos sociais busca a justiça social como uma demanda que reivindica uma concepção bidimensional de justiça. Ou seja, além da superação das diferenças como já dissertado acima, exige uma distribuição mais justa de recursos. Essa realidade decorre da percepção que os problemas de injustiça envolvem não somente aspectos culturais, mas também econômicos (FRASER, 2008, pp. 167-180).

Esse novo ambiente instalou no texto constitucional a edição normativa de valores- dignidade e direitos fundamentais- e opções políticas, o que significa dizer que o Estado está vinculado aos mandamentos da constituição, tornando-se indispensável à criação de instrumentos que garantam a efetividade e a eficácia de tais direitos (BARCELLOS, 2007). Dessa forma, constatou-se que para superar a exclusão e a desigualdade não bastaria a incorporação na Constituição dos direitos reivindicados pelas pessoas com deficiência, mas que seria necessária a adoção de medidas que tivessem a força de concretizar materialmente esses direitos.

A Constituição, por si própria, é tão somente um instrumento, não tendo condições de conformar a realidade social a seu modelo. Para tanto, faz-se fundamental a efetiva implementação de sua força normativa, pelos diversos atores sociais, o que compreende uma cultura vigilante e praticante da Constituição, por meio de uma cidadania popular ativa e combativa, bem como da atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, um dos principais responsáveis pelo cumprimento da Lei Maior (PIOVESAN; SILVA; CAMPOLI, 2014, p. 468).

O fato é que a Constituição assegurou um catálogo extenso de direitos sociais que impõem ao Estado o dever de praticar determinadas condutas para a consolidação da inclusão e proteção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Assim, na clássica afirmação de Bobbio, a fundamentação normativa dessa plêiade de direitos já está tutelada abstratamente, tanto na Constituição Federal como em normas infraconstitucionais, a tarefa hoje é de garantir a sua efetivação no plano material (2004, p. 23).

A questão, hoje, não está em conhecer quantos e quais são esses direitos, qual é sua razão e a sua essência, se são absolutos ou relativos, “mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente válidos” (BOBBIO, 2004, p. 25). A partir dessa perspectiva cabe ao Estado promover políticas públicas que objetivam garantir a prestação material de um mínimo existencial aos deficientes.



## **2 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PAPEL DO ESTADO**

Conforme exposto acima, foi atribuída a Constituição Federal de 1988 a responsabilidade de resgatar o país daquela fase de supressão de direitos, garantias e de liberdades, onde a Constituição foi violentamente desrespeitada pela ganância do poder. Portanto, se justifica o amplo rol de direitos e garantias repetidos no texto constitucional. Por exemplo, o direito a igualdade aparece em vários momentos no texto constitucional: no artigo 5º identificando-se como norma basilar, no artigo 150, inciso III, atinente a norma tributária, e em relação à pessoa com deficiência, no artigo 7º, inciso XXXI, quando determina a proibição de qualquer forma discriminação em relação a salários e a contratação.

Ao garantir a igualdade à pessoa com deficiência o constituinte compreendeu que após uma longa história de exclusão seria necessário instituir expressamente um conjunto de direitos e garantias fundamentais que exigissem do Estado e da sociedade um maior comprometimento na busca pela igualdade material. Com isso, edificou-se um novo paradigma, voltado para a criação de meios que permitam a inserção desse grupo vulnerável nos espaços sociais, escolares e profissionais. Constatou-se que proibindo a exclusão, não estaria automaticamente assegurado o exercício da inclusão “Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um persistente padrão de violência e discriminação” (PIOVESAN; PIOVESAN; SATO, 2014, p. 317).

Nesse sentido, observa-se que o processo que torna viável a suplantação das desigualdades vivenciadas na trajetória percorrida pelos deficientes é garantir um mínimo existencial, ou seja, conferir um conjunto de medidas imprescindíveis que garantam a própria existência digna. Essa existência corresponde à obrigação jurídica do Estado em formular políticas que não se limitam em meramente assegurar a sobrevivência física ao indivíduo, mas sim em promover condições materiais que garantam um padrão mínimo de vida apto a se conformar com as diretrizes traçadas pela Constituição Federal (DUQUE, 2014, pp. 263-264). Isso significa que o mínimo existencial se coaduna no Estado democrático com a implementação de políticas públicas que torne viável a inclusão dos deficientes no mercado de trabalho, que permitam o acesso a educação, a eliminação de barreiras arquitetônicas e sociais, que tornem esse indivíduo auto-suficiente e lhe de visibilidade.

Políticas públicas, de modo geral, representam um conjunto de ações governamentais destinadas a concretizar os direitos fundamentais sociais previstos na constituição (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 47), e as políticas públicas de inclusão, de modo especial, possuem a finalidade de “assegurar o acesso efetivo de segmentos pouco representados da população aos bens sociais fundamentais, com que se reduz o impacto de um modelo puro de democracia representativa” (APPIO, 2007, p. 115).



De acordo com Barcellos, as políticas públicas são os meios encontrados para a realização dos fins essenciais estabelecidos pela Constituição: a garantia e a proteção dos direitos fundamentais. No entanto, a implementação de políticas públicas demandam gastos de dinheiro público, como se sabe, os recursos públicos que possam transformar esses fins em realidade são limitados, portanto, escolhas conscientes devem ser tomadas pelo administrador, logo, em certa medida, “[...] a Constituição vincula as escolhas em matérias de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos (BARCELLOS, 2013, p. 117).

As premissas traçadas até aqui permitem concluir que para a elaboração das políticas públicas há uma ordem procedimental a ser observada, com base no princípio da legalidade e do estado democrático. Dessa forma, compete muitas vezes ao Legislativo sancionar e promulgar uma lei determinando o interesse social que será atendido, estabelecendo critérios, traçando metas e os objetivos. Ao poder executivo incumbe a função de implementar dentro dessas diretrizes já traçadas as ações e programas que concretizem os fins constitucionais. A elaboração e a execução das políticas públicas consistem, portanto, em um procedimento administrativo-político, sendo que o resultado satisfatório dessa política pública está diretamente vinculado com a qualidade desse procedimento (BUCCI, 2002, pp. 264-269).

Uma das principais ações governamentais que dizem respeito, precipuamente, a tutela da cidadania e da inclusão das pessoas com deficiência é o “Programa Viver sem Limites”, criado em 2011 pelo governo federal, que por meio dessa ação tenta superar os obstáculos e estar em consonância com a realidade projetada pela Constituição. Esse projeto pressupõe um conjunto de ações que depende da participação de todos os entes da federação para a implementação de políticas públicas que são exploradas em torno de quatro eixos temáticos, quais sejam:

a) acesso à educação: compreende desde a adaptação de meios de transportes, acessibilidade arquitetônica dos prédios escolares até um atendimento educacional especializado; b) inclusão social: objetiva desenvolver ações de combate à desigualdade, voltadas à inclusão das pessoas com deficiência na sociedade; c) saúde: criação de centros de reabilitação e adaptação; d) acessibilidade: consiste em implementar meios que concretizem o direito a independência e autonomia de todos, garantido o acesso a centros e desenvolvimento tecnológicos, moradia e aquisição de equipamentos (<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br>).

Entretanto, embora se possa dizer que alguns avanços nessas áreas já foram sentidos, a grande parte dessas políticas públicas carecem, ainda hoje, de implementação e efetivação. Um dos maiores desafios do processo democrático repousa na ideologia do pleno exercício desses direitos assegurados às pessoas com deficiência. À primeira vista percebe-se que a questão na qual se deparam “[...] hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais” (BOBBIO, 2004, p. 43).



Ocorre que essa dimensão de direitos envolve demandas de caráter prestacional, implicando uma atividade positiva do estado que dependem da disponibilidade de recursos para a implementação de políticas públicas que permitam a efetividade material de tais direitos, em consequência disso, o estado passa a ser o meio para atingir o fim almejado. Daí se constata a problematidade da concretização dos direitos das pessoas com deficiência: a complexa relação entre Estado e minorias.

A relação entre Estado e aqueles que possuem o direito de ver uma prestação assegurada é mecânica, apesar da existência de um aparato burocrático que envolve diretamente esses indivíduos no desenvolvimento das ações efetuadas pelo Estado, na realidade a relação que se visualiza é entre grupos vulneráveis e uma máquina animada. “[...] Essa opacidade nas relações sociais reais tornou a ação do Estado destituída de um sentido humanitário e consolidou a alocação não democrática dos recursos com pouca ou nenhuma participação da comunidade na gestão dos programas.” Em razão dessa falta de interação e da ineficiência do Estado, se estrutura um sistema administrativo que trabalha em primeiro lugar para o seu próprio benefício, que destina recursos a benefícios sociais que não são capazes de cumprirem com as suas funções, que diminui o valor a ser enviado a programas em favor da remuneração do pessoal administrativo, e por fim, que “favorece a não fiscalização dos recursos, permitindo a apropriação indevida dos mesmos, via mecanismo de corrupção” (DIAS; MATOS, 2012, p. 09).

Outra realidade não se visualiza no campo da ajuda externa, eis que a má gestão dos recursos públicos é um fator epidêmico que prejudica todo o sistema de desenvolvimento das políticas públicas, a título de exemplo pode-se citar o caso de organismos internacionais como a ONU e de várias ONGs, em que pese representarem um importante papel no fomento da inclusão social, pesquisas apontam que no máximo 20% dos recursos humanitários chegam ao seu destino.

Há dezenas de investigações em curso referentes a denúncias de fraude, por parte de autoridades locais e funcionários da ONU, acusados de desvio de verbas. Todavia, a maior parte do desperdício, no âmbito da ajuda externa, não é fraude, mas apenas incompetência – ou, ainda pior, trata-se apenas dos procedimentos habituais das organizações de ajuda. [...] No decorrer das últimas cinco décadas, centenas de bilhões de dólares foram destinados a governos de todo o mundo a título de fomento do “desenvolvimento”. A maioria desses recursos foi desperdiçada nos meandros da burocracia e da corrupção [...](ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 248).

Em termos de políticas públicas em nível nacional, pode-se conjugar outros fatores: o desperdício das verbas públicas que são empregadas em outras atividades que não atendem a promoção dos direitos fundamentais, a ação governamental promove prioridades e metas que não condiz com a Constituição, o contraditório comportamento da administração ao disponibilizar a prestação de serviços precários e ineficientes relacionados a



direitos indispensáveis ao mesmo tempo em que se gasta um vultoso dinheiro público em publicidade governamental e comunicação social (BARCELLOS, 2008, p. 114).

Portanto, os direitos de inclusão, integração e promoção das pessoas com deficiência no Brasil quando necessitam da implementação de políticas públicas muitas vezes não são efetivados, e se são, são prestados de forma precária. O Estado se demonstra incapaz de atender aos preceitos constitucionais. A elaboração de um planejamento adequado é ignorada. Torna-se um problema de organização, orçamento, responsabilidade, prioridades e de gestão.

Diretamente conectado a esse raciocínio, situa-se os dados colhidos pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), o qual leva em conta a carga tributária arrecadada em relação à riqueza produzida no País (PIB), constata-se, que dos 30 países que apresentam as maiores cargas tributárias do mundo o Brasil é o que dá o pior retorno em prol do bem estar da população, ficando atrás da Argentina e do Uruguai. Em 2015 foram arrecadados R\$ 800 bilhões de tributos, e com isso, a carga tributária correspondeu 35,04% do PIB (<https://www.ibpt.com.br/noticia/2171>).

Dessa forma, os resultados apresentados acima demonstram notoriamente que a sociedade vive em meio a uma crise, em que o modelo de Estado Social em terras brasileiras não conseguiu operacionalizar condições adequadas de existência de uma vida digna, o que agrava ainda mais esse quadro é a ausência de controle social na elaboração, na execução e na fiscalização do orçamento. Esse é um fator que diante de tais circunstâncias permite que a gestão das políticas públicas tende a ser desenvolvida em um ambiente marcado pela corrupção, pelo clientelismo e pela inefetividade.

Nesse contexto, se arrecada um alto valor com cargas tributárias cada vez mais pesadas, há o despendimento das verbas públicas, “[...] mas o status geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora - ou apenas melhoras transitórias - e, a *fortiori*, as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas” (BARCELLOS, 2008, pp. 118-121). Há de se reconhecer que a falta de formulação de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais das pessoas com deficiência está entrelaçada com a existência de um Estado ineficiente e omissos amparado por um sistema corrupto.

O problema de sua realização não está centrado, essencialmente, na escassez de recursos financeiros como foi visualizado, consiste também em um problema histórico, procedimental, moral, social, político, econômico. “É um problema que não pode ser isolado, sob pena, não digo de não resolvê-lo, mas de se quer compreendê-lo em sua real dimensão” (BOBBIO, 2004, p. 44). Diante de toda essa conjuntura o Estado não conseguiu promover as políticas públicas traçadas no Programa Viver sem Limites para permitir a inclusão real e mitigar as desigualdades existentes na vida das pessoas com deficiência, relegando a um segundo plano a concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.



O que foi um fator exponencial para que a sociedade desacreditasse no Poder Executivo e Legislativo. Impulsionado por esses fatos, surgem sociedade contemporânea uma nova realidade, ante a omissão e a instabilidade institucional do Poder Executivo e do Legislativo o sistema jurisdicional passou a ser provocado para solucionar as demandas atinentes a garantir a implementação de políticas públicas em favor das pessoas com deficiência, “[...] verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância final” (BARROSO, 2009, p. 383).

Portanto, a omissão do Estado refletiu na expansão das funções atribuídas ao judiciário, assim as legislações com finalidade social exigem do estado uma postura proativa “com vistas a financiar subsídios, a remover barreiras sociais e econômicas, para enfim, promover a realização dos programas sociais [...]” e quando isso não acontece, a questão chega ao Poder Judiciário, que em razão de não poder ficar indiferente diante de tais necessidades surge um “[...] terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso” (CAPPELLETTI, 1999, p.40-49).

Nessa esfera, judicialização é a atividade em que o Poder Judiciário decide questões de cunho político, pode-se relacionar o seu surgimento a um conjunto de três fatores, a primeira causa e mais enfática de todas teria sido o processo de redemocratização que se desenvolveu no Brasil, dando-se inclusive um maior poder de atuação para outros órgãos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública; a constitucionalização de inúmeras matérias que antes pertenciam ao sistema político sendo a segunda causa, e a terceira e última causa foi o sistema de controle de constitucionalidade que permite a qualquer juiz o poder de não aplicar uma lei em caso concreto caso seja inconstitucional (BARROSO, 2009).

Compreende-se, portanto, que em razão do contexto engendrado pela Constituição Federal de 1988 e da inércia dos poderes políticos questões de grande densidade e de impacto para a política ou para a sociedade estão sendo discutidas e decididas diretamente pelo Judiciário, ocasionando, assim uma transferência de poder das instâncias políticas, ou seja, executivo e o legislativo, para o judiciário e para tribunais, os quais atuam substituindo a função que caberia àqueles desenvolver. Trata-se, a toda evidência, da complexa discussão em torno dos limites da atuação judicial, no plano concreto dos níveis do ordenamento jurídico (SOUZA Jr, 2005, p. 7ss).

De fato, na atividade legislativa prepondera um elemento de natureza criativa, pelo fato de o legislador dispor de um amplo raio de ação (RAMOS, 2010, p. 453), razão pela qual as instâncias judiciais devem agir com cautela no momento em que suas decisões passam, por si só, a afetar decisões políticas de outros poderes, dentro daquilo que se costuma chamar de densidade do controle judicial em face das decisões legislativas (DUQUE, 2013, p. 236ss). O parâmetro deve ser a Constituição, em sua totalidade, ou seja, não apenas o rol de direitos fundamentais, mas, igualmente, os princípios



que asseguram a separação de funções e de competências, dentro da ordem constitucional. Um equilíbrio, nessa seara, constitui matéria extremamente complexa.

Sem embargo, a modernidade criou uma dupla expectativa em minorias desprivilegiadas, o desenvolvimento de um sistema que tornasse realidade o princípio da igualdade formal com a conseqüente redução das desigualdades reais, o que de fato não ocorreu, o estado social – providência não foi implementado e o que se assistiu foi a instrumentalização do “[...] direito como um campo privilegiado na concretização dos direitos sociais mediante o deslocamento do foco de decisão do Poder Executivo e do Legislativo para o Judiciário [...]” (STRECK, 2007, p. 205-206).

Dessa forma a partir da incapacidade do Legislativo e do Executivo, em suas posturas desidiosas em efetivar os direitos fundamentais, terceirizam-se seus conflitos para que o Poder Judiciário condene o Estado por meio de uma decisão de caráter político-jurídico para que implemente determinadas políticas públicas de inclusão e proteção das pessoas com deficiência. A administração pública, por sua vez, ao negar os direitos das pessoas com deficiência geralmente se defende apresentando três linhas de argumentação:

- a) a impossibilidade de o Poder Judiciário obrigar o Poder Executivo a implementar programas, em face do princípio da autonomia dos poderes; b) o exercício das funções administrativas de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade; c) a ausência de recursos materiais e a necessidade de previsão orçamentária para as despesas; e por fim, d) o entendimento de que as normas constitucionais em questão são programáticas (PIOVESAN; SILVA; CAMPOLI, 2014, p. 476).

Note-se que “acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade” (TASSINARI, 2013, p. 15). Neste incurso, a maior parte das questões de grande repercussão política, social ou moral estão sendo amplamente debatidas e asseguradas em sede judicial (BARROSO, 2015, p. 439). Por tais assertivas, é possível perceber que a sociedade se tornou dependente da jurisdição constitucional para a concretização dos direitos fundamentais.

Com essa crise de paradigma, de eficiência e de representatividade do Estado, procura-se criar outros meios para que os direitos de grupos vulneráveis não sejam somente meras retóricas a representar sempre expectativas e nunca a possibilidade real de implementação. A figura do juiz de hoje está cada vez mais vinculada à resolução dos conflitos sociais e políticos, trata-se, pois, de um judiciário que independente dos caprichos da maioria pode contribuir para a proteção dos direitos fundamentais, e desta feita, pode ser muito útil um judiciário ativo, dinâmico e criativo, na medida em que tenha capacidade para assegurar a preservação do sistema de *checks and balances* também que tenha controle adequado perante os outros centros de poder (CAPPELLETTI, 1999, pp. 105-107).



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 com vistas a se adequar a uma sociedade contemporânea inaugurou em terras brasileiras um amplo rol de direitos fundamentais referentes à proteção das pessoas com deficiência, com o objetivo de minimizar as diferenças que até então colocava esse grupo a viver sob o manto da invisibilidade. Dessa forma, foi visto que esses direitos foram textualizados com caráter programático, implicando em uma atividade positiva por parte do Estado em promover diretrizes para a sua real implementação.

No entanto, o que se observou é que os direitos de inclusão, integração e promoção das pessoas com deficiência no Brasil quando necessitam da implementação de políticas públicas muitas vezes não são efetivados, e se são, são prestados de forma precária. O Estado se demonstra incapaz de atender aos preceitos constitucionais. A elaboração de um planejamento adequado é ignorada. Torna-se um problema de organização, orçamento, responsabilidade, prioridades e de gestão.

Da mesma forma, os resultados apresentados acima demonstram notoriamente que a sociedade vive em meio a uma crise, em que o modelo de Estado social não conseguiu operacionalizar condições adequadas de existência de uma vida digna em países de modernidade tardia, o que agrava ainda mais esse quadro é a ausência de controle social na elaboração, na execução e na fiscalização do orçamento. Esse é um fator que diante de tais circunstâncias permite que a gestão das políticas públicas tende a ser desenvolvida em um ambiente marcado pela corrupção, pelo clientelismo e pela inefetividade.

Há de se reconhecer, portanto, que a falta de formulação de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais das pessoas com deficiência está entrelaçada com a existência de um Estado ineficiente e omissor amparado por um sistema corrupto. O problema de sua realização não está centrado, essencialmente, na escassez de recursos financeiros como foi visualizado, consiste também em um problema histórico, procedimental, moral, social, político, econômico.

Impulsionado por esses fatos, constatou-se um desaguamento torrencial de demandas no Poder Judiciário. As minorias passaram a idealizar esse órgão jurídico como o poder transformador da sociedade contemporânea, o qual seria capaz de cumprir com as promessas constitucionais e a assegurar a democracia. No entanto, mesmo tendo legitimidade para intervir no campo de matérias reservadas aos órgãos políticos, esse controle jurisdicional requer cautela e limites, devendo ser observado os parâmetros em cada caso concreto no momento de decidir, a fim de que não haja consequências nefastas para o Estado e a sociedade de um modo geral.

Assim, conclui-se que o sistema jurídico possui um papel de grande importância atualmente na efetivação de direitos fundamentais, entretanto, por não possuir poder de agenda e ter uma visão mais restrita a cerca de todos os





fatores que envolvem esse problema de eficiência do Estado não pode agir sempre sozinho. Em resumo, como demonstrado, a concretização das políticas públicas hoje em prol das pessoas com deficiência depende do engajamento de, no mínimo, três instituições: Direito, Política e Judiciário.

Ao longo da pesquisa ficou demonstrado que embora o constituinte brasileiro tenha garantido formalmente a previsão desses direitos, os mesmos ainda carecem de função jurídico- instrumental, como bem salienta Bobbio, “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-lo” (BOBBIO, 2004, p. 23).

Nesse sentido, o modelo de sociedade empiricamente idealizada pela Carta Magna “livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, Artigo 3º, incisos I a IV), demanda uma atitude mais positiva e consciente por parte dos detentores do poder na implementação de políticas que garantam a proteção e a inclusão das pessoas com deficiência e que minimizem cada vez mais as diferenças ainda existentes, pois sem o acesso a uma sociedade mais justa, igual e democrática, se torna impossível falar em dignidade e cidadania.

## REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico: Salvador, n. 15, 2007.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



BENDA, Ernst. ***Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht***. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen. *et al.* (Hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HVerfR). 2., neubearb. und erw. Aufl. Berlin, New York: Walter de Gruyter&Co, 1994, p. 161-190.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. 9. Ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônica Clarissa Hennig Leal. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Curitiba: Multideia, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Instituto Brasileiro de Planejamento de Tributação**. Disponível em: <<https://www.ibpt.com.br/noticia/2171> > . Acesso em: 10 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo> >. Acesso em: 01 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. **Secretária Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br> . Acesso em 10 de junho de 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DINIZ, Debora. **O que é deficiência?**. Brasília: Editora Brasiliense, 2007.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Privado e Constituição – Drittwirkung dos direitos fundamentais**: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**- notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora GuanabaraKoogan,S.A., 1988. Tradução Mathias Lambert, 2004.

HESSE, Konrad. **Die Normative Kraft der Verfassung**. Freiburger Antrittsvorlesung. In: *Recht und Staat*, Heft 222. Tübingen: Mohr, 1959.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. Ed. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NANCY, Fraser. **Redistribuição e reconhecimento e participação**: por uma concepção integrada de justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Cultura da Democracia para Direitos Humanos Multiculturais**. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (Org.). *Cultura e Prática dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3-15.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, março de 2005, p. 7-18.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**: Allgemeine Lehren der Grundrechte. München: Beck, 1988, B. III/1.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: perspectivas e possibilidades da concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 8, n. 2, maio/ago 2003.



\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUIÇA. **Organização das Nações Unidas.** Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default> >. Acesso em 01 de junho de 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



## IDENTIDADE E RECONHECIMENTO DE TRANSEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO PÚBLICO E CARTEIRA DE NOME SOCIAL<sup>1</sup>

Paulo Adroir Magalhães Martins<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A ciência jurídica se adapta a sociedade em que está inserida, operando, assim, o direito nos limites do espaço social. Isso visa a formação da pacificação social, pois o direito deve acompanhar as mudanças sociopolíticas nas comunidades, garantindo a plena convivência das pessoas. A partir da modernidade criou-se uma série de direitos e deveres individuais entre os sujeitos jurídicos, evitando abusos do Estado e de terceiros, bem como, num segundo momento, daqueles considerados mais fracos economicamente, por aqueles que detêm o poderio econômico, os assim chamados direitos humanos. Dentre esses direitos humanos, há uma série de princípios estabelecidos que pressupõe o reconhecimento e a inclusão dos diferentes, excluídos ou marginalizados em todos os espaços sociais.

Ocorre que, na sociedade contemporânea, a qual deveria presar pela diversidade e multiculturalidade, cada vez mais surgem novas identidades em calcadas características que compõe a identidade pessoal dos indivíduos e que não são reconhecidas. E isso, ganhou espaço nas discussões nos meios sociais, em especial aquelas que dizem respeito à característica sexual, nas mais diversas sexualidades existentes na sociedade hipermoderna<sup>3</sup>: heterossexual, homossexual, transexual, entre outras.

Dentre as manifestações de sexualidades, a transexualidade é objeto de grande polêmica nos diversos espaços de discussão tanto no meio acadêmico como nas outras esferas da sociedade. Já houve certa aceitação de várias identidades sexuais, mesmo que tacitamente, por vários segmentos da sociedade. Entretanto, ainda há grande discriminação de transexuais, demonstrada pelas constantes campanhas de diversos segmentos sociais e

1 O presente artigo é fruto de pesquisa realizada para a elaboração de Dissertação junto ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS.

2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo/RS (Brasil). Especialista em Gênero e Sexualidade pelo Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM/IMS/UERJ). Integrante do Projeto de Pesquisa *Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural* e do Projeto de Extensão *O lugar dos corpos das Mulheres na Sociedade: uma abordagem do corpo e da defesa pessoal*. Integrante do Núcleo de Pesquisa de Gênero da Faculdades EST. Advogado. E-mail: paulo.adroir.martins@gmail.com

3 Considera-se a sociedade hipermoderna a sociedade atual “representada por um momento histórico preciso em que todos os freios institucionais que se opunham à emancipação social, desaparecem, ou seja, uma sociedade liberal, pelo movimento, pela fluidez e flexibilidade”. (LIPOVESTKY *apud* LYRA in HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013)



órgãos do poder público, voltadas para o fim desse preconceito. Logo, questiona-se qual é, efetivamente, o tratamento jurídico da identidade, em específico da característica sexual de transexuais no ordenamento jurídico pátrio?

Ademais, a transexualidade é uma causa que gera grande angústia aos indivíduos transexuais, face o seu não reconhecimento no meio social, bem como ao desrespeito ao seu direito de identidade e ao exercício deste. Apesar do descaso do tema no ordenamento jurídico pátrio, inclusive como objeto de estudo por grande parte das pesquisas acadêmicas, o direito de identidade, em especial em relação ao elemento sexual de composição do indivíduo, no caso de transexuais, é de extrema importância para sanar as dificuldades e permitir a inclusão dos diferentes, de acordo com os preceitos constitucionais.

Assim, num primeiro momento, a pesquisa pretende abordar questões relacionadas à identidade, sua formação a partir de um processo de reconhecimento. Após, analisa-se a identidade do transexual, e seu processo de formação. E, por fim, apresenta-se o tratamento do exercício da identidade sexual de transexuais no ordenamento jurídico pátrio em razão da possibilidade de alteração do registro civil, bem como criação da carteira de nome social e sua utilização no estado do Rio Grande do Sul.

## 1 IDENTIDADE E RECONHECIMENTO

Inicialmente, para se falar em identidade, é necessário fazer a distinção conceitual entre esta e identificação. A identidade, a princípio, tem o objetivo de identificar uma semelhança, mas acaba por ensejar uma irrepetibilidade de exclusividade, ou seja, deveria aproximar indivíduos pela sua semelhança, mas acaba por excluir os diferentes. Já a identificação é um processo que implica em perda parcial da identidade em benefício da confusão em algo ou alguém (RESTA, 2014).

Cada indivíduo possui diversas características que compõe a identidade, que na percepção de Eligio Resta (2014), são as características profissional, estatal, de classe, sexual, consciente, inconsciente e privada. No decorrer do presente trabalho haverá uma análise em razão de um segmento social cuja distinção se dá pela característica sexual, os sujeitos transexuais. Outrossim, o sentido da identidade se dá por um processo em que o próprio indivíduo autodefine-se a partir de sua história (RESTA, 2014). A identidade, como assevera René Girard (*apud* RESTA, 2014), remete a diferenciar o que seria a um observador alheio indiferenciável.

Destaca-se que a identidade é algo de extrema complexidade, e o pensamento de Eligio Resta (2014, p. 87) ilustra claramente tal situação:

A identidade não pode ser reduzida à uma máscara, a clichê imposto pelo *theatrum publicum*, mas vive de alguma coisa que precisa ser realizada com autenticidade (o vazio espaço invisível é também isto) de um modo privado porque secreto e dificilmente exposto aos quatro ventos.



A definição científica da identidade remete a um olhar externo das definições que a comporta, e justamente nessa avaliação de um terceiro é que reside um problema da identidade (RESTA, 2014), pois essa análise estará carregada de uma valoração taxativa que não leva em conta o sentido da identidade.

Outro parâmetro essencial para a definição da identidade é o meio social e as relações sociais, conforme refere Zygmunt Bauman (2000, p. 142):

[...] embora sendo uma tarefa individual, a “identidade” “é também um fenômeno social”. Identidade é o que se reconhece socialmente como identidade: está fadada a continuar uma ficção da imaginação individual a não se que se comunique a outros em termos sociais legíveis, expressa em símbolos socialmente compreensíveis.

A identidade, em suma, significa a busca de um equilíbrio não controlado e um pouco aleatório entre o indivíduo na sua esfera privada e a previsibilidade e percepção dele em um público (RESTA, 2014). Para a construção, então, da identidade individual de alguém inserido no meio social é necessário um processo intersubjetivo de reconhecimento, que para Axel Honneth (2003, p. 47) se constitui nos seguintes moldes:

[...] na medida em que se sabe reconhecido por um outro sujeito em algumas de suas capacidades e propriedades e nisso está reconciliado com ele, um sujeito sempre virá a conhecer, ao mesmo tempo, as partes de sua identidade inconfundível e, desse modo, também estará contraposto ao outro novamente como um particular.

Afirma Elígio Resta (2014), que o processo de construção da identidade deverá ser medida sobre si mesma. Nesse sentido, Axel Honneth (2003, p. 78) afirma que, “[...] o desenvolvimento da identidade pessoal de um sujeito está ligado fundamentalmente à pressuposição de determinadas formas de reconhecimento por outros sujeitos”. O processo de reconhecimento pode se dar por diferentes modos, como disposto na obra de Axel Honneth denominada “*Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*” (2003), entretanto, para o livre exercício da identidade, seja ela qual for, o principal modo para tal reconhecimento é o de potencial evolutivo, cuja estima social é a individualização e a igualização no meio social.

Logo, a partir do convívio humano em sociedade, para a construção da identidade é necessário o reconhecimento. Este se dá por um processo de afirmação mútua e recíproca elementar, acompanhada da autolimitação individual (HONNETH, 2003), sendo isso tudo só é possível através de algo além da tolerância, ou seja, através do respeito.

Para o direito, o reconhecimento recíproco não admite as limitações das relações sociais pessoais (HONNETH, 2003), ou seja, não é possível não-reconhecer alguém baseado nas premissas pré-constituídas individuais, uma vez que cada pessoa tem o direito de se manifestar em razão de seus anseios no meio social. Outrossim, na busca do reconhecimento, o indivíduo assimila e exterioriza padrões sociais impostos pela sociedade em que ele está



inserido, uma vez que aquele não quer ser excluído e, ao mesmo tempo, busca manter o reconhecimento de sua identidade (DUTRA *in* MADERS; ANGELIN [Orgs.], 2014).

Ademais, em razão da interação indivíduo sociedade, Axel Honneth (2003, p. 210) ensina que “[...] o indivíduo não precisa mais atribuir a um grupo inteiro o respeito que goza socialmente por suas realizações conforme os *standards* culturais, senão que pode referi-lo a si próprio.” Entretanto, é comum nos meios sociais ocorrer a denegação ou privação do reconhecimento e, por consequência, da identidade, através do desrespeito, que são formas de rebaixamento que afetam o autorrespeito moral dos indivíduos. Na acepção de Axel Honneth (2003, p. 216), “[...] isso se refere aos modos de desrespeito pessoal, infligidos a um sujeito pelo fato de ele permanecer estruturalmente excluído da posse de determinados direitos no interior de uma sociedade”. Isso demonstra que os desrespeitados, os diferentes, não tem possibilidade de participar com igualdade da ordem social, eis que, “[...] se agora lhe são negados certos direitos dessa espécie, então está implicitamente associada a isso a afirmação de que não lhe é concedida imputabilidade moral na mesma medida que aos outros membros da sociedade” (HONNETH, 2003, p. 216).

José Francisco Dias da Costa Lyra (*in* HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013, p.47) ensina que “[...] os excluídos não são investidos de direitos, sendo a população ‘integrada’ na condição de obrigada, acusada, e, não na condição de titular de direitos fundamentais, que não estão disponíveis aos grupos excluídos”. Evidencia-se uma exclusão de natureza jurídica dos indivíduos marginalizados à sociedade, manifesta por uma deslegitimação do Estado de Direito perante as categorias de sujeitos não incluídos no metacódigo de inclusão/exclusão inerente à Constituição Federal (LYRA *in* HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013). E, em razão desse desrespeito aos diferentes, é necessário a busca da coerção jurídica para ver garantido o seu direito a identidade e personalidade (HONNETH, 2003), em especial quanto ao exercício da característica sexual da identidade.

O direito à identidade, nas palavras de Eligio Resta (2014, p. 58) “[...] consiste precipuamente no direito de cada um ser si mesmo e por isso estar protegido das atribuições de conotações estranhas à própria personalidade, capazes de transfigurá-la e deturpá-la”. O exercício do direito de identidade ocorre no momento de síntese de todos os elementos distintivos que a compõe, bem como a sua tutela esta relacionada à imagem do indivíduo como tal, bem como de participante e coletividade no meio social (RESTA, 2014).

Esse direito de identidade que faz parte da seara dos direitos fundamentais, é fruto de uma elaboração de indivíduos e coletividades, visando a afirmação das esferas de autonomia em que cada um deles teria seu espaço (RESTA, 2014). Mas esse direito fundamental abriga os diversos aspectos da identidade, inclusive da questão sexual e do exercício da sexualidade. Na sociedade contemporânea busca-se, não apenas o direito à identidade, seja ela qual for, mas também o respeito que, na relação de reconhecimento é acompanhada de sentimentos e de participação social (HONNETH, 2003).





Ademais, como assevera Eligio Resta (2014), quando no meio social, a identidade está intimamente relacionada com os valores dominantes na sociedade e, quando os valores dominantes na sociedade não permitem a inclusão do diferente, vê-se a defasagem no exercício da identidade social, tal como ocorre com transexuais, os quais são tidos como grupos marginalizados, e pior, tratados como *homo sacer*, sendo na maioria das vezes segregados dos demais grupos sociais, convivendo com grandes dificuldades de inclusão.

Demonstra-se, então, que a sociedade contemporânea, na sua maioria, não reconhece e nem tolera transexuais. Ocorre que estes, assim como os antigos homens sacros retratados na obra "*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*" de Giorgio Agamben (2002), são os expulsos da vida em sociedade pela prática de um crime, são marginalizados nas relações sócias. Isso ocorre, não apenas pelo desrespeito à sua identidade, mas também, pelo descaso do poder público, em geral, e pela falta de políticas públicas, deixando transexuais a mercê de outros membros da sociedade que promovem agressões em diferentes patamares, pois aqueles na busca do auxílio no poder público, nos devidos órgãos, poderão sofrer outros incidentes vexatórios e taxativos.

Eis, então, que se evidencia, ainda mais a biopolítica, politização das interações que do mundo fático, na qual os mecanismos e cálculo do poder estatal incluem as relações da vida natural, objetivando disciplinar o indivíduo, combatendo todas as anormalidades e patologias, e não tratando-o como alguém que transcenda a mera taxação sem o referencial histórico de cada um (LYRA *in* HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013).

Outrossim, na sociedade contemporânea e hipermoderna, a sociedade já começou um processo de mudança no tratamento dos excluídos, eis que, conforme José Francisco Dias da Costa Lyra (*in* HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013, p. 40), "A velha prerrogativa de isentar e excluir da biopolítica estatal soberana o *homo sacer* foi revisada". Assim, nota-se uma preocupação com a inclusão dos indivíduos marginalizados, mas o poder pós-panóptico estatal ainda objetiva a manutenção destes fora dos meios sociais devidos em vez de buscar a sua inclusão (LYRA *in* HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013).

Entretanto, ainda, são necessários outros meios de garantir o reconhecimento da identidade dos indivíduos transexuais, em especial à sua identidade em razão da característica sexual, nos mais diversos ramos da sociedade, inclusive seu tratamento em órgãos públicos pelo nome que lhe seja devido, reconhecendo-os e respeitando-os. Ademais, tendo em vista os fins da biopolítica e sua íntima relação entre o poder e o saber, é evidente que novas formas de disciplina e controle social (LYRA *in* HOMMERDING; ANGELIN [Orgs.], 2013), por parte do Estado, devem atender aos anseios de inclusão e respeito dos diferentes.

## 2 IDENTIDADE SEXUAL E TRANSEXUALIDADE

A característica sexual é parte integrante da identidade de qualquer ser humano e, por isso, este possui o direito de exercê-la livremente, sendo



garantida tal liberdade a partir de elementos no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente, o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988. O direito à livre manifestação da expressão sexual da identidade constitui um direito fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito, uma vez que a negação de tal preceito seria uma restrição ao direito à personalidade e à vida privada de cada indivíduo.

De acordo com a Sexologia Médico-legal, a característica sexual da identidade de uma pessoa é determinada por quatro fatores: genético, endócrino, morfológico e psicológico. A despeito disso, salienta Odon Ramos Maranhão (*apud* ROMANO, 2009, p. 117) “[...] não se pode mais considerar o conceito de sexo fora de uma apreciação plurivetorial”. Em outros termos, o sexo é resultante de um equilíbrio de diferentes fatores que agem de forma concorrente nos planos, físico, psicológico e social.

O transexual encontra dificuldade de ver garantida a sua identidade em razão da característica sexual, devido a existência de uma comum fixação da ideia que, a identidade sexual é considerada apenas pelas características determinadas por fatores biológicos e não o resultado de diversos fatores que ultrapassam a forma física humana, como destaca Ana Romano (2009). O sexo jurídico, ou seja, aquele que consta no Registro Civil, exemplifica a preferência ao sexo biológico sobre o psicológico, uma vez que tal depende da declaração dos pais em relação ao sexo morfológico da criança.

Na maioria dos indivíduos, o sexo psíquico é um reflexo do sexo biológico e, quando aquele determina sua identidade sexual, há o perfeito sincronismo entre as suas características anatômicas e o seu comportamento conforme o gênero<sup>4</sup> a que pertence. Isso não ocorre com os indivíduos transexuais, pois em seu desenvolvimento normal ocorre o repúdio de suas características sexuais anatômicas, gerando um intenso sofrimento face à discordância entre sua aparência e seu estado emocional.

Uma parte da doutrina entende a transexualidade como o terceiro sexo, enquanto que outros entendem superadas as identidades rígidas de gênero, uma vez que são desnecessárias para garantia da dignidade da pessoa humana (HOGEMANN; CARVALHO, 2011). Outros autores, como Emerson Garcia (2010), ainda consideram o transexual como um portador de desvio, doença genética, ou ainda problema psíquico, expressado de forma simplista como “pouca vergonha”.

Destaca-se que, diferentemente do que se pensa no senso comum, no tocante a orientação afetivo-sexual do transexual, esta não é apenas heterossexual: “Pesquisas recentes demonstram que este pode ter o sentimento dirigido a alguém do sexo posto (heterossexual), do mesmo sexo (homossexual) ou de ambos os sexos (bissexual) (VIEIRA *in* DIAS [Coord.], 2011, p. 413).

---

4 Nesse ponto cabe fazer uma diferenciação entre gênero e identidade de gênero, que, como ensina Tereza Rodrigues Vieira (*in* DIAS [Coord.], 2011) “gênero são os padrões comportamentais modelados pela prática cultural na qual as pessoas estão inseridas em papéis estereotipados como masculino ou feminino, enquanto que identidade de gênero é a convicção íntima de pertença a um dos gêneros mencionados”.



A distinção entre o transexual, o travesti e o homossexual se dá por diversos fatores. O transexual apresenta grande aversão psicológica, em caráter continuado, às características anatômicas sexuais, justificando, sob o ponto de vista médico, a realização de tratamento de redesignação sexual, objetivando assegurar a sua integridade psíquica e física (evitando, inclusive, atentados a sua própria vida). Enquanto isso, o travesti, independente de sua expressão sexual, obtém o prazer da segurança ao alterar sua aparência para o sexo oposto com o recurso de roupas e adereços. Já o homossexual, forma de orientação afetivo-social, que caracteriza por manter relações sexuais com pessoas do mesmo gênero, sendo o seu órgão genital sua fonte de prazer, e não motivo de constrangimento.

O processo de redesignação sexual gera alterações das características aparentes, através de processo hormonal e cirúrgico, a fim de que o indivíduo a este processo submetido, se assemelhe ao seu sexo psíquico. Assim, “A cirurgia não incursionará no plano genético, sendo precipuamente direcionada a substituir o órgão genital existente por aquele que caracteriza o sexo oposto” (GARCIA, 2010, p. 53). Isso permite que as características comportamentais do sujeito se ajustem à sua aparência física, o que por sua vez, possibilita a efetivação de uma inserção do transexual num ambiente social, entretanto, a essa inserção nem sempre é caracterizada pela tolerância e pelo respeito ao próximo.

A transexualidade, então, pode ser entendida como uma disfunção de discernimento de gênero, sendo caracterizada “por um forte conflito entre corpo e identidade de gênero e compreende um arranjado desejo de adequar o corpo hormonal e/ou cirurgicamente àquele do gênero almejado” (VIEIRA *in* DIAS [Coord.], 2011, p. 414). Erroneamente há o entendimento de que a transexualidade seja uma patologia denominada transexualismo, inclusive catalogada no Cadastro Internacional de Doenças (CID 10), na posição F.64.0, como parte dos transtornos mentais. Inclusive, sua retirada da lista que integra tal cadastro, ou seja, a sua despatologização, é parte das lutas do movimento LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais).

O CID-10 considera o transexualismo como um transtorno de personalidade e de identidade, definindo-o, conforme relata Ana Maria Romano (2009, p. 116), como “[...] desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, sendo tal acompanhado de sentimento de mal-estar ou de inadaptação ao seu sexo anatômico do nascimento, e o desejo de submeter-se a um tratamento hormonal e intervenção cirúrgica, objetivando aproximar suas características físicas ao seu sexo psicológico”. O transexualismo é definido, em sua origem, a partir de uma falha cromossômica ou desequilíbrio hormonal, o que gera um cisma entre a identidade psíquica e a realidade física (CHAVES, 1994). Conforme define Delton Croce (*apud* ROMANO, 2009, p. 116), o transexualismo é uma forma de transição entre o hermafroditismo masculino e o homossexualismo masculino, nos casos do transexual masculino, ou entre o hermafroditismo feminino e o homossexualismo feminino, nos casos de transexualismo feminino.



O transexual, face à resistência endógena, já que o indivíduo não aceita a si próprio, e à constante discriminação exógena, sendo conhecidas as dificuldades de inserção social de um homem que deseja ser mulher ou de uma mulher que almeja ser homem, tende a assumir uma postura isolacionista, o que, não raro, coloca em risco a sua própria vida, sempre ameaçada pela sombra do suicídio. (GARCIA, 2010, p. 53)

Ocorre que, em decorrência das peculiaridades da transexualidade, esta é, com relativa frequência, entendida como doença envolvendo os distúrbios das sexualidades. Isso, faz com que a transexualidade seja contextualizada com grande indiferença no âmbito do Poder Público. O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de legislação específica voltada ao transexual, sendo que, somente em 1997, o Conselho Federal de Medicina aprovou, em caráter experimental, a possibilidade de realização de “[...] cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo”, o que possibilitou a intervenção médica no tratamento da disconformidade sexual, sob o plano da licitude, no exercício regular a de sua profissão, dispensando, assim, a necessidade de autorização judicial para determinar a realização daquele.

Apesar da possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para alteração de seu registro público, o transexual encontra diversos problemas para ver garantida a sua identidade, em específico o exercício da característica sexual, na sociedade contemporânea.

Muito difícil é a inserção social do transexual, e até mesmo seu acesso a uma profissão, porque sofre rejeição pela família, sendo ridicularizado pela sociedade e marginalizado socialmente em locais onde deve apresentar documento pessoal, porque na carteira de identidade não há adequação com sua aparência física. (DINIZ, 2001, p. 225)

Outrossim, nesse mesmo sentido, ensina Maria Berenice Dias (2011, p. 199) que, “[...] todo o ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade, pois é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange sua dignidade”. Entretanto, como é de saber notório, alguns ramos extremistas da sociedade não mantêm tal respeito e dignidade com outras expressões sexuais que não se enquadram nos limites culturais que aqueles acham como o correto. Nesse contexto, pode-se incluir o próprio Estado que se move, muitas vezes, pelos preconceitos sociais.

### **3 DO TRATAMENTO DA IDENTIDADE DO TRANSEXUAL PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Embora o ordenamento jurídico pátrio preveja o respeito às diversas manifestações sexuais na própria Constituição Federal de 1988, é omissivo em relação à temática da transexualidade e, aos direitos atinentes ao transexual. A



regulamentação dos direitos destes é imprescindível, como ensina Renata Durão Machado (2011), “[...] para atenuar o desconhecimento, repúdio, o preconceito e a discriminação, e, conseqüentemente, gerar uma igualdade de direitos e garantias entre os transexuais e o restante da sociedade, bem como proporcionar o respeito e a dignidade a estas pessoas”.

Ressalta-se, assim, a importância do Estado como legitimador das interações interpessoais na sociedade contemporânea, pois através do ordenamento jurídico são definidas as normas submetidas à sociedade que devem ser seguidas e respeitadas. Rodrigo da Cunha Pereira (*apud* MACHADO, 2011) ensina que “[...] o Estado legitima as condutas sociais estabelecendo as condutas 'normais' (aquelas consideradas, garantidas e protegidas pelo ordenamento) e as 'anormais' (as proibidas ou não mencionadas pelo Direito), inclusive na seara da sexualidade”.

Diante da omissão legal, fomenta-se, ainda mais o desrespeito em relação aos indivíduos transexuais e o reconhecimento de sua identidade. Logo, é imprescindível que o Estado, por meio de uma visão pluralista do ser humano, busque respeitar, reconhecer e garantir os Direitos Fundamentais de todos os indivíduos, bem como a consagrar a dignidade humana. Enquanto o Estado, através da pessoa do legislador, não criar leis mais atualizadas para acompanhar a evolução dos fatos científicos e sociais, faz-se necessário que a doutrina e a jurisprudência assegurem às pessoas transexuais uma leitura humana dos direitos que pleitearem em juízo o reconhecimento de suas identidades. Nas palavras de Maria Berenice Dias (*apud* MACHADO, 2011): “Afinal, o Direito é altamente mutável, já que deve estar em conformidade com a realidade social e não deve ficar enraizado na literalidade da lei”.

Na seara dos direitos de transexuais, por meio de ações, tanto políticas quanto jurídicas, o entendimento jurisprudencial vem se consolidando no sentido de que o estado civil das pessoas não é um elemento indisponível, autorizando desde a retificação do registro civil até a intervenção cirúrgica fornecida gratuitamente pelo Estado, uma vez que o direito reconhece a identidade sexual como elemento do livre desenvolvimento do indivíduo, assim, há, de certa forma, a autonomia sexual dos diferentes, alterando os paradigmas sociais (HOGEMANN; CARVALHO, 2011).

As decisões jurisdicionais demonstram que, para o reconhecimento do transexual em expressar a sua identidade, desafios necessitam ser superados, a partir da construção de novos argumentos jurídicos não baseados no determinismo biológico ou anatômico, muito menos em uma condição patológica, ou, ainda, em uma moralidade sexual dominante (HOGEMANN; CARVALHO, 2011). As fundamentações utilizadas até o momento em tais decisões são feitas a partir da convicção pessoal, muitas vezes influenciada pela natureza psíquica moral e religiosa, do julgador.

Outrossim, a proteção de cada indivíduo a sua identidade, em especial pela sua característica sexual, em destaque aos indivíduos transexuais, se inicia no direito de intimidade, quando constatada a situação e a dificuldade de vivenciá-las (ARAÚJO *apud* ROMANO, 2009). Nesse sentido, Tereza Rodrigues Vieira (2003, p. 125) pondera que, “[...] o transexual deseja ver



respeitado o seu direito à saúde e o seu direito à cidadania. Ele saiu do armário e vai continuar a cumprir os deveres que lhe são impostos, no entanto está pronto para exigir o respeito a seus direitos”.

A implementação de legislação e políticas públicas para a inclusão de transexuais, que beiram a margem da sociedade, é necessária, visando garantir seus direitos de identidade a partir de seu reconhecimento, que na sua falta gera grande demanda da intervenção do Poder Judiciário para assegurar os direitos de sujeitos transexuais (SANCHES *in* DIAS [Coord.], 2011).

A princípio, sob a ótica da Constituição Federal brasileira de 1988, a qual pugna por uma sociedade sem discriminação, conforme artigo 3º, inciso IV (BRASIL, 1988), é impossível negar a retificação do estado sexual do transexual. Ressalta-se que compõe os objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos sem discriminação, sendo tal um dos deveres do Estado, inclusive, não apenas punindo quem pratica atos em desrespeito a diversidade, mas também atuando, por seus agentes e promovendo a igualdade.

Ressalta-se que o tratamento jurídico dispensado ao transexual não se restringe à questão do direito ao próprio corpo.

O transexual tem direito ao próprio corpo, à intimidade e à privacidade (incluindo, aqui, obviamente, a discricção acerca de sua condição), à identidade pessoal (que abrange a identidade sexual), ao nome, à saúde (necessidade terapêutica de realização da cirurgia de transgenitalização), direito à liberdade, à integridade física e moral. (ROMANO, 2009, p. 125)

Logo, como ressaltado por Luiz Alberto David Araújo (2000, *apud* ROMANO, 2009, p. 125) o direito ao livre exercício da identidade sexual é um direito da personalidade multifacetado. Para haver o devido respeito com o indivíduo transexual é necessária que, sua documentação e o registro público se adéquem a sua identidade sexual, logo é imperativa a alteração de duas informações para evitar o tratamento vexatório: o prenome e o sexo.

A visão tradicionalista (estrita ou arcaica) afirma que o prenome, ressalvadas as exceções contempladas pelo artigo 57 da Lei 6.015/1973 é, em princípio, imutável, enquanto que o sexo, como um complexo de características inatas, não pode ser alcançado por meras alterações da aparência, portanto imutável. Portanto, “Entendimentos dessa natureza, soa como evidente, não se harmoniza com o necessário respeito a dignidade humana, da qual se desprendem todos os direitos que protegem e viabilizam a expansão da individualidade física e psíquica inerente a qualquer ser humano” (GARCIA, 2010, p. 62).

A impossibilidade de alteração do prenome é relativa diante da sistemática legal, pois a Lei dos Registros Públicos, já prevê exceções conforme exemplificado pelo artigo 58 da Lei 6.015/1973, no qual o interessado em mudar o nome, em até um ano após a maioridade, pode fazê-lo junto ao oficial notário, sem necessidade de um processo judicial. Ao iniciar o tratamento para mudança de sexo a pessoa inaugura uma nova fase de sua



identidade, necessitando, portanto, de que seja individualizada, novamente, perante si e seus semelhantes.

Diante disso, a autorização judicial para alteração do prenome decorreria diretamente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no qual está inserida a proteção a personalidade individual (GARCIA, 2010, p. 63). Da mesma maneira, é necessária a mudança do sexo, originalmente descrito no registro civil, o qual não se encontra harmonizado com a realidade fática do transexual.

A possibilidade de alteração do prenome é permitida com fundamento no artigo 55, § único da Lei 6.015 de 1973, pois este alude a alteração do prenome diante de “[...] prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores”, e como o transexual apresenta fenótipo do sexo almejado, é evidente que o vexame a que estará exposto com o nome que não corresponde a sua nova aparência. O que deve ser avaliado é a potencialidade do ridículo, ou seja, teoricamente bastaria a possibilidade do titular do prenome, em qualquer momento de sua vida, ser ridicularizado em função de sua denominação, para que seja garantida a troca de seu prenome para corresponder com a sua aparência física e personalidade.

A esse respeito, cabe ressaltar que o Direito Privado deve ser interpretado sob a égide da Constituição Federal de 1988, que consagrou, dentre vários princípios, o da dignidade da pessoa humana. Logo, se o nome expõe a pessoa ao ridículo, não há concordância com o princípio da dignidade humana.

Sendo o prenome um dos elementos que compõe as características da identidade, ele estaria duplamente protegido pela Constituição Federal de 1988, uma vez que esta dedicou aos princípios da liberdade e da igualdade posição de destaque do ordenamento jurídico, sendo que a palavra-chave que o texto constitucional buscou enaltecer é o “pluralismo” (ROMANO, 2009). Nesse sentido, pluralismo é a expressão máxima dos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade.

A expressão Liberdade remete à coexistência de opiniões, direitos, manifestações, expressões, crenças e valores, sem mencionar, a livre manifestação da identidade dos indivíduos. Para Luiz Alberto David Araújo (*apud* ROMANO, 2009, p. 124): “Um estado democrático deve atentar para multiplicidade de vontades, tendências e individualismo presentes em seu seio”, enquanto a igualdade garante que todas as condutas autorizadas pelo princípio da liberdade recebam o mesmo tratamento da lei. Em caso concreto, tal princípio impede que seja inserida a expressão “transexual” junto aos assentos civis do transexual que buscar a sua alteração.

A partir da necessidade de alteração do sexo no registro civil, é preciso identificar se a cirurgia de redesignação sexual é requisito essencial para tal. Nesse sentido, destaca-se que a verdade registral incorreria em erro ao desconsiderar que o transexual apresenta uma evidente contradição entre a forma de seus genitais e os aspectos psicológicos que integram a personalidade, não retratando, assim, a sua verdadeira identidade em razão da característica sexual, isso porque, nem todos indivíduos transexuais querem



realizar a referida cirurgia. Assim, deve prevalecer, pois, o diagnóstico médico, bem como o entendimento e autonomia pessoal do indivíduo, o que por sua vez serve como base para as decisões de alteração do registro sem a prévia realização da cirurgia de “mudança de sexo”.

Quanto à relação às informações pré-existentes, a coexistência delas com as novas informações em relação ao transexual geraria um dano maior do que aquele que se tentou combater, sendo que a simples supressão daquelas apresentaria dificuldades: retrataria, uma situação que surgiu em momento posterior ao nascimento, após o tratamento de redesignação sexual; bem como, comprometeria a segurança jurídica e a legítima confiança que a sociedade deposita no registro público.

Na medida em que o registro público deve retratar a realidade, não é aceitável seja justamente ele a inviabilizar o acesso a informação de que a pessoa durante parte de sua vida, foi conhecida por nome diverso e considerada pertencente a gênero sexual distinto do atual. (GARCIA, 2010, p. 65)

A solução para se preservar a função do registro e não trazer, uma vez mais a público, o abalo psíquico que sempre atormentou o transexual, é inserir naquele a observação de que houve alteração nos campos referentes ao prenome e sexo por força de decisão judicial, proferida por determinado órgão jurisdicional e, em determinado processo. Tendo em vista que, numa primeira análise, o prenome e sexo do indivíduo seja algo que diga respeito somente si, tal conclusão não resiste a uma reflexão mais profunda. Assim, “É plenamente factível que terceiros de boa-fé se relacionem com o indivíduo única e exclusivamente por acreditarem que ele pertence a um dado sexo; essas pessoas, à evidência têm o direito de saber se tal pertença é inata ou adquirida” (GARCIA, 2010, p. 66). Cada indivíduo possui uma história carregada de experiências e impressões de vida, que deve ser objeto de avaliação pelos sujeitos que ele venha a se relacionar. O silêncio absoluto do registro impossibilita o acesso, por outros relacionados ao transexual, de uma considerável parcela da vida deste.

Assim, cabe àquele que se sentir enganado pelo cônjuge de transexual que omitiu a sua condição prévia, buscar no prazo decadencial de três anos, por erro essencial quanto à pessoa do outro, a anulação do casamento conforme disposto no artigo 1.546 do Código Civil. Isso, em razão da dignidade daquele cônjuge, uma vez que este também tem uma dignidade que dever ser respeitada, o que inclui o direito de conviver ao lado da pessoa que melhor compatibilizar com seus sentimentos, à sua maneira de vida e aos seus critérios referenciais de certo e errado.

Outrossim, com base em inúmeras decisões em Tribunais de Justiça de todo o território nacional, são deferidos aos indivíduos transexuais a mudança de seu sexo registral e de seu nome sem a necessidade da intervenção cirúrgica para adequação sexual. Destaca-se que a procuradoria-geral da República que, em razão de tais acórdãos já está tomando as devidas providências.





A procuradoria-geral da república ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 4275) para que seja reconhecido direito dos transexuais alterarem seu nome e sexo no registro civil mesmo para os que não fizeram a cirurgia para mudança nas características da genitália (transgenitalização). (HOGEMANN; CARVALHO, 2011)

Isso, fundamenta-se, principalmente, no fato de que o não reconhecimento do direito de transexuais à retificação do registro civil, quanto ao prenome e a definição de sexo (masculino ou feminino), se fere a princípios fundamentais da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, bem como efetivamente propicia uma possibilidade de integração só transexual à sociedade.

Quanto as questões relacionadas à possibilidade e às consequências pessoais e sociais das mudanças de prenome e de sexo registral, conclui Tereza Rodrigues Vieira (2003, p. 101): “[...] no que tange ao legislativo, ainda não há uma lei específica sobre o assunto, contudo também não existe nenhuma proibição legal”, sendo, portanto, possível recorrer ao Poder Judiciário para ver garantidos os seus direitos.

Entretanto, há no Estado do Rio Grande do Sul, o Decreto 48.118 de 2011, o qual dispõe sobre o tratamento nominal, inclusão e uso do nome social de travestis e transexuais nos registros estaduais relativos a serviços públicos prestados no âmbito do Poder Executivo Estadual, garantindo respeito, reconhecimento, e uma maior integração de transexuais. Nesse sentido, tal Decreto, na acepção de Beatriz Gershenson Aginsky, Guilherme Gomes Ferreira e Marcelli Cipriani Rodrigues (2013, p. 6), é

[...] fundamentado em princípios como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a autonomia individual, dispõe acerca do tratamento nominal, da inclusão e do uso do nome social de travestis e transexuais nos registros estaduais relativos a serviços públicos prestados no âmbito do Poder Executivo do Rio Grande do Sul.

Outrossim, as determinações do Decreto 48.118/2011 ganhou a devida eficácia com o Decreto 49.112 de 2012. Este instituiu a Carteira de Nome Social para os travestis e transexuais no Estado do Rio Grande do Sul. No referido documento “[...] consta tanto o prenome com o qual o indivíduo efetivamente se identifica, como também dados como o seu Registro Geral (RG), a fim de que seja possível efetuar-se uma conexão entre a denominação social e civil” (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2013).

A Carteira de Nome Social, mesmo sendo uma medida que auxilia o tratamento, reconhecimento e respeito de transexuais, não finaliza a problemática frente ao tratamento de sua identidade no meio social, pois meramente garante o seu tratamento nominal em órgãos do executivo estadual do Rio Grande do Sul, uma vez que tal documento não tem o valor substitutivo da carteira de identidade. A necessidade dessa dupla apresentação de documentos, demonstra a contradição entre a busca de se ter o tratamento



pelo nome devido ao transexual somente quando se verificar, também, a existência de sua condição anterior, provocando assim uma violência simbólica (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2013) em que, o processo de reconhecimento se torna ineficaz.

Em relação aos efeitos fáticos da carteira de nome social, destaca-se que

A iniciativa empregada e a aplicação da medida são relatadas por parte dos gestores e técnicos entrevistados de modo satisfatório, dotado de sucesso na tentativa de conceder espaço mais amplo às urgentes necessidades de travestis e transexuais quanto ao reconhecimento dos direitos humanos e à prevenção da violência. Ademais, é apontada como eficaz não apenas em seu efeito material quanto à determinação do tratamento nominal adequado – que teria por extensão a garantia de cidadania – como também em aspecto simbólico, decorrente do reconhecimento estatal. (AGUINSKY; FERREIRA; RODRIGUES, 2014, p. 8-9)

Portanto, é evidente que a carteira de nome social é parte do direito de identidade, em razão da característica sexual de transexuais, e que a sua eficácia contribui, em parte para o reconhecimento destes no meio social, bem como a sua inclusão. Entretanto, há, ainda, um longo caminho a percorrer para haver o devido tratamento aos diferentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, enquanto um Estado Democrático de Direito, deve prestigiar, entre diversos princípios, o respeito ao pluralismo e a diversidade, preceitos esses previstos no texto constitucional. Para tanto, deve promover a coexistência e a convivência das diferentes manifestações da identidade pessoal dos indivíduos, entre estas a característica sexual de cada um, entre elas a transexualidade. Logo, as sexualidades devem ser analisadas sob a ótica multicultural, ou seja, não se deve determinar a característica sexual da identidade utilizando como base apenas os critérios morfológicos, pois o psíquico e psicológico que possuem grande relevância na determinação, tanto do sexo, quanto da sexualidade.

Cabe, então, ao direito como regulador da vida em sociedade, decidir a melhor forma de reconhecer e garantir a condição da transexualidade, conferindo-lhe tratamento jurídico especial, assegurando a sua aceitação social (ROMANO, 2009). Outrossim, a transexualidade necessita ser abordada pelo legislador, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro é lacunoso em razão dessa matéria, a qual gera diversas demandas no Poder Judiciário, as quais estão sujeitas à convicção íntima do julgador, e este pode demonstrar tanto compreensão, simpatia e respeito em algumas decisões, quanto conservadorismo exacerbado, em outras.

Para o devido reconhecimento do transexual e, assegurar a esse o exercício de seus direitos, devem ser garantidos uma série de preceitos que



destaquem tanto a sua visibilidade, integração, quanto a aceitação. Isso somente é possível quando lhe é garantida a disposição sobre o próprio corpo, à sua integridade física e moral, à saúde física e emocional, à sua intimidade, à privacidade, ao nome, à igualdade e à liberdade de sua identidade sexual, os quais, conforme exposto, são protegidos no ordenamento jurídico brasileiro. A partir de tais garantias, pode o transexual buscar a mudança de seu gênero físico aparente, podendo, então, assumir sua nova vida, com todos os ônus e bônus inerentes de sua nova identidade sexual, sem ser rotulado ou discriminado, e eventuais prejuízos a direitos de terceiros devem ser demandados em processos próprios para tal, sem que o transexual tenha de carregar consigo a marca de seu sofrido passado.

A garantia do direito à identidade sexual do transexual demonstra o exercício da tolerância e respeito do Estado e da sociedade pela pessoa do transexual, reconhecendo-o e respeitando-o, permitindo a integração deste e a convivência com outras pessoas condizente à dignidade de qualquer ser humano. Todo o ser humano tem de ter garantido sua liberdade de buscar a própria felicidade, sendo de forma como escolheu, exatamente como todos aqueles considerados normais merecendo serem felizes.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida I**. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; FERREIRA, Guilherme Gomes; RODRIGUES, Marcellí Cirpriani. A carteira de nome social para travestis e transexuais no Rio Grande do Sul: entre polêmicas, alcances e limites. IN: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 10, 2013, Florianópolis. **Anais**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2013. Disponível em:

<[http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1387471840\\_ARQUIVO\\_BeatrizGershensonAguinsky.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1387471840_ARQUIVO_BeatrizGershensonAguinsky.pdf)>. Acesso em 28 jul. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução Marcus Penche. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 28 jul. 2015a.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2015b.



\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso 28 jul. 2015c.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUTRA, Ariele Lopes. Breves considerações acerca da globalização e seus reflexos na identidade. IN: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela (Org.). **Multiculturalismo e Direito em Foco**. Santo Ângelo: FuRI, 2014. v. 2. p. 40-63.

GARCIA, Emerson. A “mudança de sexo” e suas implicações jurídicas: breves notas. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 12, n. 18, p.52-68, ago./set. 2010.

HOGEMANN, Edna Raquel; CARVALHO, Marcelle Saraiva de. O biodireito de mudar: transexualismo e o direito ao verdadeiro eu. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O Estado na era da fluidez: homo sacer como expressão da biolítica do direito penal imperial. IN: HOMMERDING, Adalberto Narciso; ANGELIN, Rosângela. **Diálogo e entendimento**: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resoluções de conflito. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. v. 5. p. 24-58.

MACHADO, Renata Durão. Matrimônio transexual: a necessária flexibilização das normas que regulam o instituto do casamento no direito de família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 13, n. 24, p.65-83, out./nov. 2011.

RESTA, Elisio. **Percursos da identidade**: uma abordagem jusfilosófica. Tradução Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.



RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 48.118, de 27 de junho de 2011. Dispõe sobre o tratamento nominal, inclusão e uso do nome social de travestis e transexuais nos registros estaduais relativos a serviços públicos prestados no âmbito do Poder Executivo Estadual e dá providências. **Diário Oficial do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 28 jun. 2011. Disponível em: <[http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid\\_Tipo=TEXTO&Hid\\_To dasNormas=56269&hTexto=&Hid\\_IDNorma=56269](http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_To dasNormas=56269&hTexto=&Hid_IDNorma=56269)>. Acesso em 28 jul. 2015a.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 49.122, de 17 de maio de 2012. Institui a Carteira de Nome Social para Travestis e Transexuais no Estado do Rio Grande do Sul. **Diário Oficial do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 17 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=241452>>. Acesso em 28 jul. 2015b.

ROMANO, Ana Maria. Os direitos da personalidade e o tratamento jurídico do transexualismo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 115-127, jan./jun. 2009.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e de identidade sexual. IN: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 425-444.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. Transexualidade. IN: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 412-424.



## PERSPECTIVAS DO DANO AMBIENTAL<sup>1</sup>

Raira Moura<sup>2</sup>

Neusa Schnorrenberger<sup>3</sup>

Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida<sup>4</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo delinear o que se entende por dano ambiental, trazendo, primeiramente, seus diversos conceitos, características e classificação. Busca investigar quais as suas peculiaridades, e a necessidade da respectiva reparação. Em um terceiro momento é pormenorizada a responsabilidade pelo risco do dano ambiental e por fim, a importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Levando em conta que a sociedade necessita de transformações no Estado e no Direito, de forma que busque diminuir ao máximo possível os impactos da crise ambiental, de modo que controle os potenciais riscos que venham ser imprevisíveis a partir de incertezas advindas do cenário atual de risco. Assenta-se no estudo bibliográfico a doutrina, e artigos científicos disponíveis em revistas, estando ele embasado no método de abordagem dialético e o método de procedimento monográfico.

**Palavras-Chave:** Dano Ambiental - Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Responsabilidade Reparação. Risco.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental, está previsto no art. 225<sup>5</sup> da Constituição da República

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido à partir do tema de monografia da primeira autora.

<sup>2</sup> Graduanda do 10º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - *Campus* Santo Ângelo-RS. E-mail: raira\_moura@hotmail.com

<sup>3</sup> Graduanda do 10º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - *Campus* Santo Ângelo-RS. Voluntária na pesquisa intitulada “Estado Socioambiental e Democrático de Direito” e de extensão “A Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana”, coordenados pela Profa. Me. Luana Maíra Moura de Almeida, do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)- *Campus* Santo Ângelo. Programa Institucional de Iniciação Científica (PIIC/URI). E-mail: asuensch@hotmail.com

<sup>4</sup> Professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada ao Alto Uruguai e Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo, mestre em Direito, coordenadora do Núcleo de Monografia e dos Projetos de Extensão e Pesquisa acerca da “Dimensão Ecológica da Dignidade da Pessoa Humana” e “Estado Socioambiental e Democrático de Direito”, respectivamente. E-mail: luana.mmalmeida@gmail.com

<sup>5</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à



Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), conhecido como norma matriz do Direito Ambiental brasileiro. O referido dispositivo constitucional acaba por enaltecer a necessidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E conforme Norberto Bobbio, “O homem é um animal teleológico, que atua geralmente em função de finalidades projetadas no futuro” (BOBBIO, 2004, p. 48). A crítica e realidade constatada por Bobbio, se faz refletir na pertinência do estudo do dano ambiental, a necessidade da responsabilização pelo fato gerado bem como a recuperação, a mais próxima do estado *a quo* da natureza, para que esta permaneça em estado ecologicamente equilibrado. Nesse sentido, “Somente mudanças fundamentais em nossas atitudes, somente uma revolução ética, baseada em cosmovisão diferente da que hoje predomina, poderão devolver-nos futuro” (LUTZENBERGER, 2012, p. 124).

## 1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO DANO

Com o aumento da produtividade, pode-se dizer que o progresso tecnológico se materializa a partir da invenção de modos mais eficientes para a produção, nos quais os bens e serviços do atual mercado são postos como novos modelos tendo, com isso, seu valor econômico aumentado (VIEIRA, 2011, s.p).

No entanto é fundamental que como operadores da temática ambiental seja vislumbrada a conscientização como primeiro passo para o convívio harmônico entre o progresso tecnológico e o meio ambiente. Visto que para Sousa e Costa, “[...] as tecnologias em desenvolvimento no mundo atual trazem facilidades e conforto para a nossa vida cotidiana, porém, com consequências e danos muitas vezes irreparáveis para o meio ambiente. Com relação aos danos ambientais é nosso papel impedir que isso aconteça”. Para os autores

Hoje é possível que haja o desenvolvimento tecnológico sem que para isso seja necessário destruir a natureza. A própria tecnologia se tornou uma forte aliada na preservação ambiental. Técnicas, desenvolvimento científico, evolução da legislação ambiental também são fortes aliados no casamento entre tecnologia e meio ambiente (SOUSA; COSTA, 2012, p. 15).

Nesse sentido, com a Revolução Industrial transcorreu um crescimento populacional, que exigiu maior produção de alimentos, construções para moradia, vestuário, locomoção, medicamentos, dentre outras utilidades. Logo, quantidades maiores de energia e matérias-primas foram também necessárias e conseqüentemente a utilização e mais intensificada dos recursos naturais também. Os quais podem ser “[...] definidos como os elementos naturais bióticos ou abióticos utilizados pelo ser humano para satisfazer suas necessidades econômicas, sociais e culturais” (SOUSA; COSTA, 2012, p. 17).

---

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).



Essas mudanças em pequena escala, foram, durante algum tempo, suportadas pela natureza, pois muitas vezes eram executadas em lugares distantes das cidades tendo seus resíduos gerados pelas produções lançados nos cursos de água, na atmosfera ou no solo, sem nenhum tipo de tratamento. Entretanto, o cenário mudou, e o crescimento das cidades e da população foi ficando cada vez mais presente. Com isso, os resíduos aproximaram a população da poluição. Com o aumento da população a poluição foi ficando, cada vez mais, fora do controle das autoridades, causando potenciais danos ao meio ambiente.

A palavra dano no dicionário Aurélio significa prejuízo, deterioração ou ainda pode representar um estrago. Para a biologia, o dano ambiental é visto como qualquer ação que altere a ordem natural energética ou da matéria que tenha interferência humana, e que por fim prejudique o meio ambiente (AURÉLIO, s.a, s.p). No entanto, no mundo jurídico, o dano corresponde, segundo Costa uma

[...] ofensa a bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica. O interesse, nesta concepção, representa a posição de uma pessoa, grupo ou coletividade em relação ao bem suscetível de satisfazer-lhe uma necessidade. Ainda, [...] dano abrange qualquer diminuição ou alteração de bem destinado à satisfação de um interesse. Isso significa, como regra, que as reparações devem ser integrais, sem limitação quanto à sua indenização, compreendendo os danos patrimoniais e extrapatrimoniais (COSTA, 1994, p. 496).

Na legislação brasileira, constata-se que o dano ambiental é entendido como toda lesão intolerável ao meio ambiente, que é resultado de ações humanas, podendo ser caracterizada como culposa ou não culposa. Pode ser, no mesmo sentido compreendido como sendo o prejuízo causado a todos os recursos ambientais indispensáveis para a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, provocando a degradação e, conseqüentemente, o desequilíbrio ecológico (GRANJA, 2013, s.p).

Na legislação brasileira não há conceito de dano ambiental. Entretanto, não foi impedimento para que o legislador definisse poluição, conceituada como a degradação da qualidade ambiental, no artigo 3º, inciso III, da Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981). A doutrina entende que o dano ambiental deve ser compreendido

[...] como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem (CARVALHO, 2013, p. 103).

Segundo Leite e Ayala, o dano ambiental, em uma primeira acepção significa “[...] uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente”, em que gera uma ofensa aos direitos fundamentais que são





bens de toda a coletividade. Já em uma segunda concepção, o dano ambiental “[...] engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses”.

Constata-se, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, atualmente, é um bem jurídico amplamente protegido “[...] trata-se de um bem comum do povo, incorpóreo, imaterial, indivisível e insusceptível de apropriação exclusiva. É um bem de interesse jurídico autônomo e, portanto, reparável, mesmo não preenchendo os pressupostos tradicionais da configuração do dano”.

Ainda para os mesmos autores, essa conceituação ambígua de dano ambiental quer dizer que o dano pode ser caracterizado com efeito ao patrimônio ambiental, ou seja, sobre a coletividade, como também, sobre interesses individuais configurando um dano particular, e legitimando o lesado ao ensejo de uma reparação aos prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais, simultaneamente. O que bem demonstra a sua complexidade e multidimensionalidade (LEITE; AYALA, 2014, p. 98).

No entendimento de Carvalho,

[...] sendo o dano tradicionalmente considerado com uma lesão a um bem jurídico ou a interesse juridicamente protegido, o dano ambiental, conseqüentemente, consiste nos prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais ocasionados a interesses que tenham por objeto o meio ambiente (CARVALHO, 2013, p. 102).

O reconhecimento internacional pela preocupação da questão ambiental sobreveio com a proteção legal do meio ambiente através da Declaração do Meio Ambiente, que foi adotada pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em junho de 1972, aonde ficou evidenciada através do Princípio 1 da referida Declaração

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de denominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas (ONU, 1972).

Para Leite e Ayala esse princípio “[...] elevou o meio ambiente de qualidade ao nível de direito fundamental do ser humano” (LEITE; AYALA, 2014, p. 92). Outras tantas declarações realizadas no âmbito das Nações Unidas continuaram a perpetuar a preocupação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal como a chamada ECO/92, denominada Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento refere em seu Princípio 1 que “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o



desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (ONU, 1992).

Antes, contudo, dessa última importante Conferência no âmbito internacional, no plano interno, no Brasil, ficou positivada a Lei nº. 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), a qual foi promulgada em um período em que o Brasil vivia um regime autoritário e de restrições individuais e coletivas, foi a precursora no Brasil, em termos de legislação ambiental sistematizada e a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) que foram tão relevantes, no âmbito nacional para a proteção jurídica do meio ambiente.

Paulo Affonso Leme Machado ensina que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado “[...] consubstancia-se na conservação das propriedades e das funções naturais desse meio, de forma a permitir a existência, a evolução e o desenvolvimento dos seres vivos”, Ainda, afirma que “[...] Ter direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado equivale a afirmar que há um direito a que não se desequilibre significativamente o meio ambiente” (MACHADO, 2014, p. 62).

O dicionário Aurélio conceitua equilíbrio como uma igualdade absoluta ou aproximada, entre forças opostas (AURÉLIO, s.a, s.p). Ainda, segundo Machado, para se chegar a uma situação de igualdade, mesmo que próxima das forças em oposição é necessário que essas forças sejam identificadas e mensuradas. Nesse sentido, para o mesmo a característica desse princípio “[...] é a de que o desequilíbrio ecológico não é indiferente ao Direito, pois o Direito Ambiental realiza-se somente numa sociedade equilibrada ecologicamente” (MACHADO, 2014, p. 64).

Entretanto com isso não significa dizer que o equilíbrio ecológico seja uma permanente inalterabilidade das condições naturais. Contudo segundo o autor “[...] a harmonia ou a proporção e a sanidade entre os vários elementos que compõem a ecologia – populações, comunidades, ecossistemas e a biosfera – hão de ser buscadas intensamente pelo Poder Público, pela coletividade e por todas as pessoas” (MACHADO, 2014, p.151).

Assim, percebe-se a necessidade de evitar o dano, para manutenção do equilíbrio ecológico. Contudo, como já se referiu, não há na legislação uma definição precisa de dano ambiental. Coube, então, à doutrina, buscar construir o seu conceito a partir da definição legal da degradação ambiental e da poluição. De acordo com o já mencionado artigo 3º da Lei nº 6.938/81<sup>6</sup>, que trata da Política Nacional de Meio Ambiente.

---

<sup>6</sup>Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (BRASIL, 1981).



Bahia entende que “A palavra dano ambiental apresenta noção ambivalente, podendo significar tanto uma lesão ao meio ambiente quanto as consequências que esta lesão traz para a vida, a saúde e os interesses das pessoas afetadas”. Levando em conta que o dano é considerado pela autora como tendo um duplo sentido “[...] o dano ambiental não afeta apenas os elementos materiais que compõem o meio ambiente (como a água, o ar, o solo, a fauna e a flora), como a sua própria qualidade enquanto bem incorpóreo e imaterial” (BAHIA *in* FERREIRA; FERREIRA, M.[Orgs.], 2012, p. 62).

Por fim, cabe ressaltar que o dano ambiental tem uma difícil conceituação e sua expressão tem vários sentidos, aonde as alterações que trazem ao meio ambiente modificam de tal forma que seus efeitos são notórios a curto e longos tempos. E nesta pesquisa serão abordadas as formas de classificação e também as peculiaridades que o dano é classificado no meio ambiente.

### 1.1 CLASSIFICAÇÃO E PECULIARIDADES DO DANO AMBIENTAL

Os danos ambientais em uma perspectiva breve significam que há interligação na esfera individual e coletiva as quais possuem peculiaridades e são diferidas uma da outra pela forma que repercutem no meio ambiente ecologicamente equilibrado na saúde e o bem estar da sociedade frente a qualidade de vida das pessoas.

Para Leite e Ayala o dano ambiental é classificado “[...] levando em conta a amplitude do bem protegido, quanto à reparabilidade e aos interesses jurídicos envolvidos, quanto à sua extensão e ao interesse objetivado”. No primeiro momento a amplitude faz referência ao dano ecologicamente puro, intensificando em um conceito mais restrito. Em sentido *lato sensu*, o dano ambiental abrange os interesses difusos e coletivos que compõem o meio ambiente, tanto quanto o patrimônio cultural. O ambiente e tudo o que lhe compõe estaria protegido, fala-se então, em uma concepção unitária.

Em uma segunda classificação se faz referência quanto a reparabilidade e ao interesse coletivo. A reparabilidade pode ser direta, refere-se aos interesses próprios individuais, ou seja, aquele que sofreu lesão será diretamente indenizado. Como também, a reparabilidade pode ser indireta, refere-se aos interesses difusos e coletivos, ou seja, dano ambiental público, aquele causado ao meio ambiente como um todo.

Já na extensão do dano, considera-se a lesividade verificada no bem ambiental. São subdivididos em patrimonial, que incide sobre interesses de natureza material e econômica, e extrapatrimonial, que voltam-se a valores de ordem espiritual, ideal ou moral. Por fim, o dano ambiental classificado quanto aos interesses objetivados, é aquele que considera os interesses objetivados na tutela jurisdicional pretendida (LEITE; AYALA, 2014, p. 99).

Se faz necessário observar a amplitude que constitui o dano ambiental, para poder ter uma noção do alcance que dos elementos, tanto materiais como imateriais, pois essas relações compõem o equilíbrio ecológico. Nesse sentido, entra em cena o princípio que engloba o presente estudo, ou seja, princípio da



reparação integral, que visa reconduzir o meio ambiente, a maneira mais próxima possível, ao estado em que se encontrava antes da ocorrência da lesão.

Com base em tal princípio, segundo o que ensina Bahia “[...] qualquer lesão que afete o meio ambiente ou a coletividade deve ser integralmente reparada, incluindo-se tanto os danos ambientais patrimoniais quanto os danos ambientais morais ou extrapatrimoniais”. Com isso, “[...] o dano ambiental desdobra-se em dano ambiental patrimonial individual”, que quer fazer referência de forma imediata a lesão sofrida aos valores, tanto patrimoniais quanto pessoais e atem-se a atingir indiretamente “[...] de modo mediato e incidental almeja proteger o meio ambiente em sua dimensão difusa”.

Em segundo ponto, desdobra-se “[...] o dano ambiental coletivo, também pode ser patrimonial, quando causa repercussão no mundo físico, afetando o patrimônio ambiental ou extrapatrimonial, quando afeta valores incorpóreos da coletividade”, o qual é firmado pela Constituição com um direito fundamental difuso que pode ser “[...] compreendido como lesão ao meio ambiente, como bem de uso comum do povo, e na violação do direito de toda a coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (BAHIA; LEITE *in* FERREIRA; FERREIRA, M.[Orgs.], 2012, p. 62).

Por fim, leciona ainda Carvalho que os danos ambientais coletivos

[...] dizem respeito aos sinistros causados ao meio ambiente lato sensu, repercutindo em interesses difusos, pois lesam diretamente uma coletividade indeterminada ou indeterminável de titulares. Os direitos decorrentes dessas agressões caracterizam-se pela inexistência de uma relação jurídica de base, nos aspectos subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, diante do aspecto objetivo (CARVALHO, 2011, p.197).

No que cabe a prova do dano ambiental é submetida a uma avaliação entre o direito e a ciência. Para Carvalho a prova, “[...] deverá proceder a um processo de decodificação das descrições técnicas efetuadas pelos peritos, configurando tais reações como dano ou impacto ambiental”, em que nesse sentido é a prova pericial necessária para o processo ambiental as quais são realizadas através de exames sobre as reações do dano ou impacto ambiental e são submetidas por profissionais dotados de conhecimentos técnicos e específicos para avaliar a repercussão e dimensão do dano. Segundo o autor:

[...] o direito observa juridicamente as observações técnicas descritas nos laudos periciais, a fim de estabelecer a superação ou não do limite de tolerabilidade pelo impacto ambiental objeto da avaliação. Assim, o direito, a partir de suas observações lançadas sobre as observações tecnocientíficas (laudos periciais), estabelece a ocorrência de dano ou mero impacto ambiental, por meio de um processo de ‘tradução’ das provas periciais para os institutos jurídicos de direito ambiental (CARVALHO, 2013, p. 123).



A partir dessa definição extrai-se que esse processo é chamado de acoplamento estrutural, e que há uma comunicação entre o direito e a ciência tendo como objeto um laudo pericial que advém do enquadramento jurídico do dano ambiental, aonde o sistema jurídico deriva de resultados científicos para solucionar os conflitos ambientais. E quando identificado o agente civilmente responsável pelo dano cabe lhe o dever de reparar.

## 1.2 RESPONSABILIDADE DO DANO AMBIENTAL

Sobre a temática da responsabilidade do dano ambiental importante, em um primeiro momento, colacionar o disposto nas grandes convenções acerca do tema. A Carta de Estocolmo, de 1972 refere em seu Princípio 14 que “O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos [...]” (ONU, 1972)

Já a ECO/92 assegura que

Princípio 13 - Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle (ONU, 1992).

Leite e Belchior dizem que “[...] o risco é um dos maiores problemas e desafios a serem enfrentados, quando se objetiva uma efetiva proteção jurídica do meio ambiente, especialmente no que concerne à responsabilização e à reparação do dano ambiental”. Nesse sentido, os citados autores, perceberam “[...] que há necessidade de o Estado melhor se organizar e facilitar o acesso aos canais de participação, gestão e decisão dos problemas e dos impactos oriundos da irresponsabilidade política no controle de processos econômicos de exploração inconsequente dos recursos naturais em escala planetária”, e ainda constata que

[...] o sistema da responsabilidade deve se adaptar para reexaminar o nexo de causalidade, a tolerabilidade, a aceitabilidade, a exclusão de responsabilidade e, ainda, a complexidade da lesividade ambiental. E tão importante o ponto que merece atenção são os instrumentos de reparação do dano e, diante da sua impossibilidade, buscar a compensação ecológica” (LEITE; BELCHIOR *in* FERREIRA; FERREIRA, M.[Orgs.], 2012, p. 18).

A utilização do termo responsável advém, como ensina Machado, da “[...] origem de ‘responder’ ou ‘ser responsável’, não há, de forma alguma, a



culpa”. No entanto, no regime romano “[...] a defesa de uma justa repartição entre os bens partilhados entre as famílias, isto é, de um justo equilíbrio”. A expressão de culpa só era utilizada especificamente quando se tratava de crime.

Adentrando em primeiro momento na análise que a legislação brasileira ao abordar a responsabilidade no campo civil como fala Machado, “[...] é concretizada em cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer e no pagamento de condenação em dinheiro”, “[...] manifesta-se na aplicação desse dinheiro em atividade ou obra de prevenção ou de reparação do prejuízo” (MACHADO, 2014, p. 397).

Também, de modo geral pode ser segundo Cervi “[...] contratual ou extracontratual (ou aquiliana), subjetiva ou objetiva, por ação ou omissão, e, ainda, quando não exija a presença da culpa para sua configuração, pode ser decorrente de ato lícito ou ato ilícito”. Assim, “[...] a responsabilidade subjetiva é aquela que se fundamenta na culpa ou dolo do agente causador do dano, portanto somente incidindo sobre ações ilícitas ou omissões” enquanto que “[...] a responsabilidade objetiva prescinde do fator subjetivo, bastando para sua configuração uma conduta danosa e o nexos causal entre a ação, lícita ou ilícita, ou omissão, e o dano (CERVI, 2003, p. 122).

A aplicação da doutrina dominante, considera duas teorias concomitantes segundo Cervi, “[...] sendo a teoria subjetiva a regra do nosso ordenamento jurídico e a teoria objetiva aplicada somente nos casos expressamente previstos em lei”, contudo, “[...] o novo Código Civil brasileiro, a que tudo indica, evolui no sentido de substituir a teoria subjetiva pela objetiva” (CERVI, 2003, p. 122).

A temática que está abordada explicitamente nos artigos 186 e 927 do Código Civil. O art. 186 refere que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002), conceituando, portando, o ato ilícito, enquanto que o art. 927 dispõe o seguinte:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Ainda que nem todos os danos ambientais sejam de relevância jurídica, cabe ao Poder Judiciário avaliar se o dano é ou não indenizável, mas para isso existem os princípios de Direito Ambiental. Como há divergências na doutrina e jurisprudência sobre as modalidades e teorias de responsabilidade, dentre as quais, as obrigações de indenizar como forma de reparação são subdivididas segundo Mukai, a qual, “[...] a regra é a da prevalência da teoria subjetiva, podendo, em relação a determinados assuntos, por previsão legal expressa,



ser essa responsabilidade de ordem objetiva, ou seja, independente da demonstração de culpa ou dolo”.

No entanto, a partir de tal classificação derivam duas hipóteses de responsabilidade, a responsabilidade por risco administrativo ou por risco integral, as quais possuem diferenças, como por exemplo, no risco integral o nexo de causalidade é suficiente entre a conduta do agente e o dano resultante, não se exclui o caso fortuito, a força maior, nem a culpa exclusiva da vítima ou do ofendido, como ensina Mukai, tal risco engloba todas as situações.

Já no risco administrativo, “[...] mesmo exigindo o nexo causal, tem excludentes da responsabilidade do estado, como culpa exclusiva da vítima e caso fortuito, ou força maior”. A doutrina e jurisprudência, acolheram a responsabilidade civil do Estado com base na teoria do risco administrativo (MUKAI, 2006, p.7). Como há essa divergência doutrinária quanto a qual teoria a ser adotada, Cervi diz que a teoria do risco

[...] consiste na responsabilidade objetiva tradicional, baseado no risco que determinadas atividades geram para o meio ambiente, enquanto a responsabilidade integral consiste numa versão mais agravada da responsabilidade objetiva, não admitindo qualquer escusa, sendo necessária a existência de um dano vinculado a um fato qualquer, sem perquirir da previsibilidade do mesmo (CERVI, 2003. p. 124).

O dano que significa importar, na esfera do Direito Ambiental, é o dano indenizável. Para Cervi, na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 5º, inciso V<sup>7</sup>, o qual assegura o direito a indenização por danos materiais, morais e à imagem, por isso, “[...] entende-se por indenização a reparação integral dos danos causados à vítima, englobando tanto os lucros emergentes quanto os cessantes”. Para o autor,

[...] embora o princípio orientador da política ambiental consista em prevenir o dano a ter que remediá-lo, o princípio da responsabilidade também possui seu valor pedagógico e reparador. Pedagógico a medida em que ensina, ainda que de maneira forçada, de que devemos respeitar o meio ambiente; e reparador porque objetiva compensar os danos causados, seja através de indenização pecuniária ou pela obrigação de restaurar o meio ambiente agredido (CERVI, 2003, p. 127).

É importante ressaltar o que diz Cervi em seu artigo, “[...] procurando demonstrar a impropriedade de se fundamentar a responsabilidade civil na culpa o problema da reparação dos danos sofridos por uma pessoa deve ser proposto a partir da questão: quem deve reparar os danos? E não da questão quem é responsável?” O mesmo conclui que,

---

<sup>7</sup> “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]” (BRASIL, 1988).



[...] eliminando o elemento subjetivo e voltando sua atenção para o fato lesivo, não pode pretender absorver todas as formas de interação social. O Direito deve se colocar em um plano abstrato, de forma a permitir que as relações sociais se desenvolvem livremente, devendo atuar somente em face de uma controvérsia de ordem especificamente normativo (CERVI, 2003, p.127).

Muito bem explícito nesse mesmo pensamento, o autor de Direito Ambiental Brasileiro, Paulo Affonso Leme Machado, ao falar que a responsabilidade objetiva ambiental aborda o artigo 14, da Lei 6.938/1981, que trata da Política Nacional de Meio Ambiente, “[...] significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar ou na reparação dos danos causados ao meio ambiente e aos terreiros afetados por sua atividade”. Ainda, para ele:

Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexos de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou de ter lucro à custa da degradação do meio ambiente (MACHADO, 2014, p. 403).

Por fim, o citado autor, em linhas gerais sobre o assunto, diz que o Direito Ambiental engloba duas funções de responsabilidade civil objetiva “[...] a função preventiva – procurando, por meios eficazes, evitar o dano – e a função reparadora – tentando reconstituir e/ou indenizar os prejuízos ocorridos” (MACHADO, 2014, p. 408).

Conclui-se a respeito, que o ordenamento jurídico ambiental brasileiro segue a teoria da responsabilidade objetiva, a qual incumbe uma reparação do prejuízo ao meio ambiente e que deve se levar em conta ser de uso comum do povo e indispensável para o seu desenvolvimento.

### **1.3 IMPORTÂNCIA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO**

A CF/1988 sustenta a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado incumbe ao Poder Público a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, as quais serão abordadas ao longo desse texto sobre suas dimensões. Mattos conceitua o Meio Ambiente como, “[...] bem de interesse coletivo, ganhou contornos acentuados em relação à sua defesa e preservação tanto em face do Poder Público como da coletividade”, que

[...] tornou-se um direito constitucionalmente tutelado, de modo a atender a toda população brasileira, protegendo os valores mais





fundamentais da pessoa humana. Isto porque, o Meio ambiente é um bem jurídico transindividual, pertencente a todos os cidadãos indistintamente, podendo, desse modo, ser usufruído pela sociedade em geral (MATTOS, s.a, p.3).

No que se refere o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem-se o posicionamento de Butzke, Ziembowicz e Cervi, os quais comentam em seu artigo que a Constituição Federal de 1988, especificamente no artigo 225, caput e parágrafo 3º<sup>8</sup>, “[...] ao garantir o direito fundamental difuso a um meio ambiente equilibrado e sadio, fixou também o dever de todos, Poder Público e coletividade, de preservar os bens ambientais para as presentes e futuras gerações, prevendo responsabilização pelos danos ambientais em seus três aspectos: civil, penal e administrativo” (BUTZKE; ZIEMBOWICZ; CERVI, 2006, p.73). Importante ressaltar o que diz Castro:

O Estado, enquanto entidade responsável pela confecção das leis e garantidor da efetivação das mesmas na manutenção da ordem social, ocupa lugar de destaque na preservação/conservação do meio ambiente. Além de estabelecer regras dentro do seu próprio espaço territorial o Estado, no atual mundo globalizado, possui também a incumbência de zelar por um ambiente equilibrado ecologicamente em nível mundial, através das organizações internacionais, na sua dimensão de Estado-global, ou sociedade-mundial (CASTRO *apud* CERVI, 2003, p. 131).

Ainda nas lições de Castro e diante que a Constituição Federal de 1988,

[...] preocupou-se com a proteção ambiental, dando-lhe a categoria de direito fundamental do cidadão, como consta do artigo 5º, LXXIII. Sendo assim, cabe ao Estado, enquanto órgão responsável com poderes para manter a ordem social e fazer cumprir a Constituição, o dever de zelar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando garantir qualidade de vida a todos (CASTRO *apud* CERVI, 2003, p. 131).

O Ministro e relator do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, através de voto, conceituou o direito ao meio ambiente como sendo

[...] um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humana, circunstancia essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1995).

---

<sup>8</sup> “§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).



Brevemente esse aparato legal tem como objetivo a preservação e recuperação da qualidade ambiental, visando assegurar melhores condições de desenvolvimento socioeconômico, ao interesse da segurança nacional e, sobretudo, à proteção da dignidade da vida humana em consonância com a realidade existente no país. Assim,

[...] as ações positivas governamentais tornam-se cruciais para a manutenção de um Meio Ambiente protegido e equilibrado. Para tanto, se faz necessário um planejamento controlado para fiscalização da utilização eficaz dos recursos ambientais, bem como a conscientização basilar da população em torno da importância da tutela ambiental (MATTOS, s.a, p.5).

Por fim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é tratado como um direito difuso, levando em conta, tanto para as gerações presentes, quanto para as gerações futuras, deve-se considerar as peculiaridades dos danos ambientais como forma que as consequências do espaço e tempo na adoção da responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, importa reconhecer, ainda, que envolve a concretização de tantos outros direitos de índole fundamental, tendo em vista que sem condições ambientais favoráveis, não há como se imaginar vida digna, com saúde e qualidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com um breve estudo do dano ambiental, as doutrinas correspondentes e a legislação nacional, percebe-se a relevância da manutenção da responsabilidade pelo dano ambiental causado a natureza a fim de garantir e a manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações atuais e futuras. É através da responsabilização do dano de forma objetiva, que infelizmente deve ser aplicado para que os espaços naturais sobrevivam à mão e a ambição humana, garantindo o enriquecimento da biodiversidade brasileira, patrimônio comum à todos e de valor inestimado.

Apesar da difícil tarefa da valoração do bem ambiental protegido pelo ordenamento jurídico e pelo aplicador do direito, tendo em vista que para muitos sequer a sua quantificação é possível, a sociedade precisa tomar consciência de que este valor associa-se profundamente à concretização da dignidade da pessoa humana, pois sem meio ambiente ecologicamente equilibrado não há sadia qualidade de vida, e muitos outros direitos, especialmente os de índole social, restam comprometidos.

Assim, a manutenção do espaço ecológico natural e de tudo que o envolve, requer a aplicação da reparação do dano ambiental de modo objetivo e incisivo, assegurando a dignidade da pessoa humana como valor e direito inerente e intrínseco. Por certo que a responsabilidade, por si só não dará conta de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. É preciso que se trabalhe com contornos de prevenção e precaução para que o mesmo seja



evitado e não remediado. Uma sociedade que trata as consequências sem refletir sobre as suas causas continuará a sofrer das mesmas mazelas.

## REFERÊNCIAS

AURÉLIO. **Dicionário**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 22 de abr. 2016.

BAHIA, Carolina Medeiros; *in* FERREIRA, H; FERREIRA, M. [Orgs.]. **Dano ambiental na Sociedade de Risco**. São Paula: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUTZKE, Alindo; ZIEMBOWICZ, Giuliano; CERVI, Jacson Roberto. **O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**. Caxias do Sul: Editora EDUCS, 2006.

BRASIL, 1981. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 22 de mar. 2016.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 de nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº **22164, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, São Paulo. 30 de outubro de 1995. Disponível em:**

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MEIO+AMBIENTE+UM+TIPOCO+DIREITO+DE+TERCEIRA+GERA%C7%C3O%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j2nw5py>>. **Acesso em: 31 ago. 2016.**

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Presidência da República. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2016.

CARVALHO, Delton Winter De. **Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.



CERVI, Jacson Roberto. O dano ambiental e o dever de reparação. **Revista Direito e Justiça**: Revista Direito e Justiça – reflexões sócio jurídicas do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo, RS. v.1, n.4, setembro 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 6. ed. rev. atual. Coimbra: Almeida. 1994.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paula: Editora SARAIVA, 2014.

GONÇALVES, Ana Paula Rengel. **As novas funções da responsabilidade civil por dano ambiental no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/as-novas-funcoes-da-responsabilidade-civil-por-dano-ambiental/>>. Acesso em: 13 set. 2016.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O direito ambiental e a responsabilidade pelo dano ocasionado**. In: Âmbito Jurídico. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12196&revista\\_caderno=5](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12196&revista_caderno=5)>. Acesso em: 23 de set. 2016.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva in FERREIRA, H; FERREIRA, M. [Orgs.], **Dano ambiental na Sociedade de Risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick De Araujo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: Teoria e Prática**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LUTZENBERGER, José A. **Crítica ecológica do pensamento econômico**. Porto Alegre: L&PM, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Editoração Eletrônica, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARQUES, José Roberto. **Reparação do dano ambiental: necessidade de adequação do dimensionamento do pedido formulado em Ação Civil Pública**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Paulo/Downloads/MPMGJuridico\\_Ambiental%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Paulo/Downloads/MPMGJuridico_Ambiental%20(1).pdf)>. Acesso em: 13 set. 2016.



MATTOS, Thais de Cerqueira Lemos. **Ação Civil Pública E A Efetividade Da Tutela Do Meio Ambiente:** Um Estudo De Caso. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2711/1963>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

MUKAI, Toshio. Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental. **Revista Magister.** Porto Alegre: Magister, 2005.

ONU. **Declaração da Conferência da ONU no Meio Ambiente Humano.** Estocolmo, Suécia: 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 28 de set. de 2016.

ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro, Brasil: 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 28 de set. de 2016.

SOUZA, Alessandro Ribeiro; COSTA, Orlene Silva da. **Tecnologia e Meio Ambiente.** Disponível em: <[http://redeetec.mec.gov.br/images/stories/pdf/eixo\\_prd\\_industr/tec\\_acucar\\_alc\\_ool/161012\\_tec\\_meio\\_amb.pdf](http://redeetec.mec.gov.br/images/stories/pdf/eixo_prd_industr/tec_acucar_alc_ool/161012_tec_meio_amb.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2016.

VIEIRA, Pedro Cosme Costa. **Progresso tecnológico e a qualidade de vida.** Disponível em: <<http://economicofinanceiro.blogspot.com.br/2011/03/progresso-tecnologico-e-qualidade-de.html>> Acesso em: 13 set. 2016.



## MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS E DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ESTRANGEIRO *VERSUS* MIGRANTE

Régis Eduardo da Silva<sup>1</sup>  
Sinara Camera<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo versa sobre a relação entre Direitos Humanos e movimentos migratórios, e como o Estado brasileiro regula essa dinâmica. O estudo terá como enfoque a análise da normativa nacional, especificamente, o Estatuto do Estrangeiro e o tratamento dispensado à figura do migrante, buscando-se compreender em que medida a legislação brasileira tem se mostrado adequada, na atualidade, à proteção dos direitos humanos dos indivíduos nessa condição. A metodologia aplicada nesse estudo é de caráter teórico-empírico, atendo-se a uma coleta de dados bibliográfica, de forma qualitativa, com fins explicativos. A fim de sistematizar a pesquisa, o presente estudo foi dividido em três etapas: primeiramente, o estudo da normativa internacional, seguido pela análise dos dispositivos internos, e por fim, o Projeto da Nova Lei de Migração. Com as análises aqui empreendidas, percebe-se que o migrante ainda carece de uma normativa efetiva, para a sua proteção e integração social.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Migrações. Estatuto do Estrangeiro.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*Solo voy con mi pena  
Sola va mi condena  
Correr es mi destino  
Para burlar la ley  
Perdido em El corazón  
De la grande Babylon  
Me dice nel clandestino  
Por no llevar papel  
Soy una raya em el mar  
Fantasma em La ciudad*

<sup>1</sup>Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: st.regis.eduardo@gmail.com.

<sup>2</sup>Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPANHA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana, área de concentração Direito do Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/BRASIL/RS); Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: aiacamera@hotmail.com



*Mi vida va prohibida  
Dice la autoridade*

*Clandestino, Manu Chao.*

Atualmente, o número total de migrantes ao redor do planeta, segundo dados da ONU, é de 244 milhões de pessoas, o que sinaliza um aumento de 41% no total, desde 2000 (ONU, 2016). Esse número é maior que a população total de um país com as dimensões do Brasil, que de acordo com o último censo está perto da casa das 200 milhões de pessoas (IBGE, 2010). Questiona-se, desse modo, o que leva essas pessoas a saírem de suas casas, a fim de encontrarem nova vida em uma pátria alheia. Os fatores que buscam explicar as ondas de migrações se estendem às mais diversas longitudes, e englobam fatores econômicos, sociais e políticos (perseguições do Estado), e desastres naturais.

Inicialmente é preciso remontar ao tratamento dado a questão da imigração antes de 1914, data da eclosão da Primeira Guerra Mundial. No século XIX, diversos Códigos Civis - entre eles o italiano, chileno, argentino, holandês - já equiparavam os direitos entre nacionais e estrangeiros. Estes possuíam direito a livre circulação entre países, e podiam fixar residência conforme sua vontade (FANTAZZINI, 2005). Entretanto, com a entrada do século XX, esse panorama foi modificado:

Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914 - 1919), [...] o livre trânsito passou a não ser mais estimulado e houve retrocessos em relação ao entendimento dos direitos do migrante. Muitos países passaram a estabelecer restrições ideológicas e políticas à livre circulação de migrantes.(FANTAZZINI, 2005, p.5).

O evento que mudou a caracterização de como enxergar a migração, nesse início de século, foi a Primeira Guerra Mundial. Em substituição à visão *aberta* das normativas anteriores, como demonstram os Códigos citados, a Grande Guerra trouxe uma carga ideológica separatista, de não-aceitação do estrangeiro. Tal ideologia viria a se acentuar de forma colossal ao longo das décadas seguintes, culminando no ápice de barbárie testemunhado durante a Segunda Guerra Mundial, com o nazismo, e sua filosofia completamente excludente (FANTAZZINI, 2005).

No entanto, foi também em função da Segunda Guerra, que se criou a ONU, na missão de unificar os povos e prevenir que tais acontecimentos se repetissem. Um dos focos da Organização, nesse primeiro momento, foi exatamente dar a devida assistência ao enorme contingente de ex-prisioneiros, refugiados, e foragidos que, pelas diversas razões impostas pela Guerra, tiveram de fugir de seus respectivos países (FANTAZZINI, 2005).

As décadas seguintes, no entanto, veriam o aumento dos movimentos migratórios por razões diversas. As migrações com motivações econômicas, em especial, teriam um enorme crescimento durante anos 1980-1990.



Marandola e Gallo (2010) afirmam que com a ampliação dos mercados, e o desenvolvimento nas áreas de comunicação e transporte, viu-se uma expansão nos fluxos migratórios que jamais havia sido registrado.

Dentro dessa lógica, surgem novas categorias de produtos, novas categorias de serviços e, também, uma *nova* categoria de pessoa: aquela que pode ser descartada, escoada da sociedade, por não ter sua relevância enxergada como válida. Ou seja, assim como o lixo material que produzimos diariamente em quantidades esmagadoras, essa nova categoria de pessoas também gera uma problemática semelhante: o que fazer com o grande número de indivíduos em *situação de descartabilidade*, uma vez que a sua reciclagem (leia-se, achar uma *função social válida*), deixou de integrar os interesses do Estado (BAUMANN, 2007).

O atual panorama dos fluxos migratórios, passado o momento inicial de acolhida aos migrantes no pós-Guerra, e sua mutação para os movimentos migratórios globalizados, é marcado por aberturas e fechamentos: um tanto das portas de economias desenvolvidas, outro tanto das fronteiras nos países em desenvolvimento. Dessa forma, novas políticas de migração, e implementação de políticas anti-migração, disputam arenas vizinhas. As condições migratórias atuais de entrada e de permanência nos territórios dos países estrangeiros tem se dado entre a autorização estatal e a clandestinidade.

Observando-se esse contexto, o presente ensaio tem por objetivo compreender como essa problemática é entendida na realidade brasileira, buscando analisar em que medida a proteção normativa oferecida pelo Estado Brasileiro tem se mostrado suficiente à proteção dos migrantes na atualidade.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em três momentos: inicialmente, busca-se analisar a normativa internacional acerca das migrações; posteriormente, faz-se um estudo da normativa nacional sobre a questão, especificamente, o Estatuto do Estrangeiro; e por fim traz-se uma breve análise sobre o novo Projeto de Lei de Migração, e como este se diferencia do Estatuto com relação ao tratamento dispensado aos migrantes que adentram o território brasileiro.

## 1 O MIGRANTE E SUA PROTEÇÃO NA NORMATIVA INTERNACIONAL

A ciência do Direito é uma ciência mutável, evolutiva. Ela é construída, e desconstruída, constantemente. Dizer que o Direito está parado no tempo é retirar dele a sua força transformadora. Nessa mesma lógica, todos os ramos do Direito acompanham essa construção evolutiva, dentre os quais se destaca o ramo do Direito Internacional. Estes refletem a construção de direitos a partir de lutas de grupos sociais, e as mudanças que tais lutas acarretam na realidade global, reafirmando as garantias fundamentais de proteção ao indivíduo inserido sob a soberania do Estado (PIOVESAN, 2007).

Nesse sentido, o campo dos Direitos Humanos é um dos mais emblemáticos. Embora o momento de *criação* seja difícil de precisar, a sua concepção contemporânea é atribuída aos acontecimentos do pós-Segunda Guerra Mundial, principal marco da afirmação dos Direitos Humanos como





direitos de pretensões universais, na defesa dos cidadãos contra o poder estatal.

As atrocidades cometidas e as consequências humanas da Segunda Guerra, impulsionaram a comunidade internacional no estabelecimento de formas de unificação e promulgação da paz entre os Estados. Assim, surgiu em 1945 a Organização das Nações Unidas (ONU), com a missão de buscar a paz e ensejar o desenvolvimento e apoio mútuo entre as nações (ONU, 2016). Nesse sentido:

O tema do Direito Internacional dos Direitos Humanos adquiriu relevância na ordem internacional a partir da catástrofe humanitária que se verificou durante a Segunda Guerra Mundial, uma vez que várias normas de Direito Internacional foram adotadas para evitar que as atrocidades aí cometidas se repetissem. Sob a égide da recém-criada ONU, passou-se ao estabelecimento de regras mínimas de proteção aos direitos mais fundamentais do ser humano, sendo eles a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança. (JUBILUT, 2007, p.31).

A defesa do indivíduo, almejada pela comunidade internacional, fez avançar a internalização de tratados e convenções promulgados em âmbito internacional para dentro da normativa dos Estados. O documento mais importante em se tratando de Direitos Humanos, nesse primeiro momento, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Organização das Nações Unidas em sua 3ª Assembleia Geral, em 1948.

A Declaração é um documento de aspirações, sem força coercitiva, o que não reduz a sua importância. Afinal, viria a ensejar a criação, e conseqüentemente, orientar eticamente, os mais diversos documentos normativos, nos âmbitos nacional e internacional, acerca da proteção dos direitos das pessoas. Assim define, em seu preâmbulo:

[...] os povos das Nações Unidas proclamam, [...] a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. (UNESCO, 1998).

Entretanto, os valores fundamentais preceituados pela DUDH, têm as suas condições de possibilidade vinculadas à maneira como os Estados os recebem em seus ordenamentos. Nos anos subsequentes à sua promulgação, viu-se a utilização do seu ideário para os mais variados fins: Estados que utilizaram-no para a construção de uma legislação protetora dos direitos; e Estados que assumiram-no como fundamento à retórica da baixa e da alta política. Evidenciou-se, portanto, que o ideal humanitário da Declaração, e dos direitos humanos como um todo, sofreu (e vem sofrendo?) uma virada ideológica ao longo do seu breve tempo de leitura contemporânea (DOUZINAS, 2009).



Assim, os direitos humanos, em alguma medida, passaram a servir não apenas para a proteção das pessoas. Têm sido utilizados, também, como uma arma no jogo político entre Estados, e a tentativa de domínio ideológico de um(uns) sobre o(s) outro(s), ou para justificar ações estatais contra grupos específicos de indivíduos (DOUZINAS, 2009).

Indo além, mesmo que se fale em proteção por parte do Direito Internacional, a violação e/ou proteção dos direitos humanos está bastante limitada à uma atuação local. Ainda são os Estados que, internamente, violam ou fazem a proteção desses direitos, tendo muita, pouca ou nenhuma interferência externa, variando em cada situação, tudo sob a blindagem do respeito à soberania, um princípio fundamental dentro desse conceito (DOUZINAS, 2009).

Um grupo de indivíduos que representa bem a referida problemática é o dos migrantes. Estas condições acima citadas ajudam a determinar as migrações na contemporaneidade, bem como, interferem sobre o crescimento exponencial do número das pessoas que estão em dinâmicas migratórias. Dessa forma, os migrantes carecem de implementação e desenvolvimento de normativas e mecanismos de proteção, por parte da comunidade internacional, tendo em vista estarem sob a égide do Estado.

Primeiramente, para se analisar a questão das migrações, é preciso conceituar o que sejam migrantes: são as pessoas que se deslocam de seus respectivos Estados, geralmente, em busca de melhores oportunidades através do trabalho, da educação, para reunião com seus familiares, ou de um modo geral, buscar as condições de vida que não veem ofertadas em seu país de origem. Para efeitos jurídicos, os migrantes sujeitam-se à legislação do Estado para o qual escolheram imigrar (ACNUR, 2015).

Inexiste uma definição unânime quanto ao conceito de migração (ACNUR, 2015). Entretanto, o entendimento que se assumirá aqui compreende o termo migrante como um conjunto genérico de pessoas que se locomovem pelo globo. Seguindo a compreensão de que migrante é aquele que se locomove, o conceito pode englobar ainda diversos grupos distintos de pessoas, com características específicas que os definam, como os refugiados, estrangeiros, asilados, e os deslocados internos.

[...] essa distinção é relevante, uma vez que permite entender que a natureza e o escopo da proteção a ser garantida a um refugiado, por exemplo, sejam diferentes daqueles conferidos a um migrante trabalhador, o qual pode continuar a contar com a proteção do Estado do qual é nacional, em face do caráter complementar da proteção internacional. Mas, por outro lado, ela deveria partir da ótica das migrações em geral, [...] pois na realidade tanto os migrantes forçados quanto os migrantes voluntários são migrantes e a distinção a partir da ótica dos migrantes pode levar a processos de discriminação ou de categorização de pessoas as quais, em verdade, compartilham a mesma qualidade de dignidade inerente. (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2010, p.281).



Assim, por mais que existam no âmbito internacional orientações que versam acerca de migração, elas não compreendem o migrante como um todo, e desse modo, só encontrarão efetividade quando colocadas lado a lado com outras normativas que dividem o migrante em suas diversas classes. Sobre esse ponto, Jubilut e Apolinário apontam que:

Apesar de ser um fato do cenário internacional, verifica-se, atualmente, que não há um instrumento internacional amplo o qual regule a conduta dos Estados a respeito de todas as variáveis existentes na migração. O que há são normas internacionais que, ao regularem questões como segurança, nacionalidade, apatridia, liberdade de circulação de pessoas, unificação familiar, direitos humanos, saúde, tráfico de pessoas, refúgio, asilo, tocam na temática das migrações; ou, ainda, normas de proteção geral aos seres humanos que se aplicam também às pessoas em movimento. (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2010, p.277).

No entanto, o enfoque genérico na concepção de migrante, embora seja benéfico às classes citadas quando subjetivamente entendidas, enfraquece a ideia ampla da migração. Falta em âmbito internacional uma normativa reguladora com foco específico no migrante, o que, segundo Jubilut e Apolinário: “[...] impede o desenvolvimento de novas formas de proteção, ao mesmo tempo que minimiza a efetividade das poucas normas existentes.” (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2014, p.277).

Assim, por mais que exista no Direito Internacional, mecanismos de proteção estabelecidos com fim de assegurar a tutela desse grupo específico, estes ainda são poucos e dispersos. Os migrantes, por representarem um grupo com necessidades particulares, precisam de um tratamento diferenciado que compreenda essas singularidades (JUBILUT, 2007).

Um dos poucos documentos a tratar especificamente dos migrantes é a Constituição da Organização Internacional para as Migrações (OIM). Essa, no entanto, serve como um documento de aspirações éticas, deixando ao arbitramento do Estado a efetivação dos direitos da classe que visa proteger. Frente a essas oportunidades, compreende-se que: “[...] não há uma proteção internacional sistematizada às pessoas em movimento, o que leva [...] à vulnerabilidade dessas pessoas.” (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2014, p.280).

As funções e objetivos da OIM, elencados na Constituição da Organização, conferem poder ao Estado para que este regule as diretrizes quanto aos direitos, deveres, e padrões de proteção estatal à que o migrante ficará sujeito, abrindo dessa forma espaço para exercícios arbitrários de soberania. Nessa linha:

Em relação ao tema migratório, [...] foram celebrados documentos importantes, como a Convenção de Genebra sobre Direitos do Refugiado de 1951 e seu Protocolo de 1967, que fortaleceram institutos jurídicos de proteção humanitária, sem, todavia, interferir diretamente na capacidade soberana do Estado de decisão em última instância. A despeito dos avanços legais internacionais, os fluxos



migratórios contemporâneos continuam à mercê da política dos governos locais. (OSÓRIO, 2013).

Assim, além de o Direito Internacional ser parco no tocante aos direitos do migrante, as convenções internacionais pactuadas trazem forte carga de respeito à soberania do Estado, o que pode indicar menos uma proteção ao ser humano que se procura tutelar, e mais uma preocupação para com o Estado, em definir quem é ou não digno dessa proteção (OSÓRIO, 2013). Uma concepção que enfraquece ainda mais a prestação de proteção ao povo em dinâmicas de locomoção entre Estados. Complementando:

[...] a prevalência da soberania do Estado sobre os valores fundamentais do indivíduo expõe como a Política se inter-relaciona com o Direito, tanto no aspecto internacional quanto no interno. O tratamento dado aos migrantes estrangeiros reflete esta lógica aplicável às duas dimensões, extra e intraterritorial. O direito ao refúgio é um exemplo ilustrativo de normatividade, cuja efetividade fica restrita à vontade estatal, pois ambiciona promover uma proteção digna àquele ser humano que não goze da devida proteção jurídica, garantida pela nacionalidade, em seu país de origem e que seja ameaçado ou perseguido por motivos específicos. Suas especificidades serão conferidas, todavia, pelas legislações internas, o que garante a discricionariedade estatal e reduz as garantias individuais na verificação do preenchimento dos pressupostos necessários e no reconhecimento da condição de refugiado. (OSÓRIO, 2013).

Muito embora o exemplo proposto por Osório trate de refugiados, o mesmo entendimento está implícito no tratamento dispensado ao migrante que não se encaixa sob essa categoria. Seja no tocante ao exercício de discricionariedade em permitir ou não a entrada dessas pessoas para dentro do território, seja na forma abstrata como a legislação internacional determina as diretrizes de proteção, delegando ao Estado o poder para melhor moldá-la, em busca do *interesse dos indivíduos*. Nesse sentido,

Nenhuma pessoa hoje pode cruzar a fronteira de nenhum país sem estar munida de um passaporte, e muitas vezes também de um visto, a não ser nos casos em que haja acordos entre os países [...]. O monopólio de legitimidade da mobilidade é considerado um dos fundamentos da soberania do Estado. (REIS, 2004, p.150).

Dessa forma, percebe-se a intrínseca relação (e tensão) entre a proteção internacional ao migrante e as ações estatais soberanas. Acredita-se que essa relação está evidenciada no Direito brasileiro, que trata o migrante como estrangeiro, e uma questão de segurança nacional. Os esforços para a releitura legislativa da temática já estão em pauta, e serão analisados mais a frente. Mas é preciso pensar-se sobre as normativas que ainda estão gerando efeitos jurídicos e sociais no momento atual.



## 2 O MIGRANTE NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito brasileiro, junto à Constituição Federal, tem-se como lei específica que determina a condição jurídica do imigrante a Lei 6.815 de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, que regula a entrada e permanência destes em território nacional. Todo migrante, quando admita sua entrada no Brasil – e não se encaixando em alguma das classes citadas anteriormente –, está protegido pelos dispositivos estabelecidos nessa lei, gozando assim, de todos os direitos que o cidadão nato possui. Conforme o art. 95: “O estrangeiro *residente* no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis.” (BRASIL, 1980). [grifo nosso]

No entanto, ao colocar o migrante sob a égide do Estatuto do Estrangeiro, entra em discussão um fator de extrema importância para que se possa pensar a proteção desse indivíduo: o poder discricionário do Estado brasileiro, à luz do Estatuto.

O exercício de discricionariedade está ligado, de forma incontornável, à atual problemática das migrações, e se estende à todas as etapas de entrada e permanência no migrante em território nacional. Engloba, desde a admissão com o reconhecimento jurídico da condição do indivíduo solicitante, passando pela concessão de alguma das categorias de visto previstas na Lei, e por fim, determinando as condições necessárias para a permanência do mesmo no país, sob pena de saída de dentro do território.

Inicialmente, é de suma importância atentar ao fato de que o Estatuto do Estrangeiro é uma lei de 1980, período de transição de regimes na política brasileira: do ditatorial, que só viria a acabar cinco anos mais tarde, em março de 1985, para a democracia representativa que se tem hoje.

O referido Estatuto, em análise de Sprandel, é um documento seletista, com políticas segregacionistas, voltado unicamente para a proteção do Estado, e que, em função dessa visão arcaica, entendia o estrangeiro como um ser nocivo à segurança do país. A ideologia do Estatuto parece sugerir que o migrante é o perigo do qual o Estado deve ser resguardado (SPRANDEL, 2015).

O exercício discricionário do Estado perpassa toda a Lei 6.815, a começar pela admissão do migrante em território brasileiro. O artigo 1º determina que: “[...] qualquer estrangeiro poderá, *satisfeitas as condições desta Lei*, entrar e permanecer no Brasil e dele sair [...]” (BRASIL, 1980) [grifo nosso]. No entanto, tal permissão está condicionada à observância dos interesses e da segurança nacionais. Essa concepção fica ainda mais clara, quando analisados os artigos seguintes:

Art. 2º Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à *segurança nacional*, à organização institucional, aos *interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil*, bem assim à defesa do trabalhador nacional.

Art. 3º A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão *sempre condicionadas* aos interesses nacionais. (BRASIL, 1980). [grifo nosso]



Percebe-se, assim, pela insistente repetição da expressão, que os *interesses nacionais* aparentam estar em plano superior ao interesse do migrante estrangeiro, o que denota a política excludente do Estatuto. A lógica parece evidente: não é o indivíduo que merece a proteção do Estado, mas sim o Estado que precisa ser protegido da *ameaça* externa, o estrangeiro. Sobre essa concepção, Sprandel remonta à mentalidade da época que antecedeu a criação da Lei 6.815/80, durante a Ditadura:

Ao defender que era preciso impedir de ingressar no país, prender, deportar ou expulsar estrangeiros em nome da segurança nacional, a ditadura militar aprofunda uma percepção da periculosidade do estrangeiro [...] num cenário marcado pelo nacionalismo e sua intolerância para com a diferença cultural ou étnica. (SPRANDEL, 2015, p.149).

Dessa forma, cabe ao Estado decidir se o solicitante preenche os requisitos, altamente subjetivos, de interesse nacional, e liberar a sua entrada encaixando-o sob uma das categorias de visto. A discricionariedade, no entanto, não se restringe à entrada do estrangeiro. Os outros artigos da Lei 6.815/80 determinam os requisitos, ou funções a serem seguidos por estes, a fim de permanecer no país. Em casos de visto para trabalho, por exemplo, o art. 18 estabelece que o estrangeiro deverá ser designado a local específico para desempenho da função, e não poderá dele mudar-se, sob pena de revogação do visto (BRASIL, 1980).

O art. 26 aponta o fato de que o visto não constitui um direito ao estrangeiro, senão uma mera expectativa, que só será efetivada se atendidos os interesses estatais. O preocupante, no entanto, é o caráter parcial e subjetivo desse interesse. O Estatuto utiliza o termo *inconveniência*, porém, deixa em aberto o que exatamente caracterizaria uma *conduta inconveniente*, ficando assim ao entendimento arbitral do Estado determinar quem é ou não praticante da mesma:

Art. 26. O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do artigo 7º, ou a inconveniência de sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça. (BRASIL, 1980).

Essa noção de *conveniência* é retomada nos institutos da deportação e expulsão do estrangeiro, quando elencadas as possibilidades de aplicação de algum destes. O interessante com relação à deportação é o que determina o art. 62, ao dizer que: “Não sendo exequível a deportação ou quando existir [...] *indesejabilidade do estrangeiro*, proceder-se-á à sua expulsão.” (BRASIL, 1980) [grifo nosso]. Novamente, há uma forte carga discricionária do Estado em detrimento da proteção do indivíduo, quando este não for desejável aos interesses estabelecidos pelo primeiro.



Para melhor análise da normativa brasileira de proteção ao migrante faz-se necessário, também, o estudo de alguns dispositivos constitucionais norteadores do nosso Estado. Parte-se da leitura do caput do art. 5º da Constituição, que afirma a condição igualitária entre estrangeiros e nacionais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos *brasileiros e aos estrangeiros* residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (BRASIL, 1988). [grifo nosso]

Como qualquer dispositivo legal, a leitura do artigo 5º deve estar em consonância com aquele que é um dos fundamentos sobre os quais se sustenta o Estado Democrático de Direito, o *princípio da dignidade humana*, elencado no inciso III, do artigo 1º, da Carta Magna, o que denota que o texto constitucional funda-se em uma perspectiva oposta àquela na qual se assenta o Estatuto do Estrangeiro.

A Constituição, conforme preceituado em seu preâmbulo, visa a: “[...] assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...].” (BRASIL, 1988). Um ideal que vai de encontro à ideologia excludente do Estatuto.

Os direitos e garantias constitucionais mencionados abarcam, de forma geral, grande parcela dos direitos conferidos ao estrangeiro. Os direitos sociais fundamentais como acesso à educação, saúde, moradia e trabalho digno, são garantidos a todo estrangeiro residente no país, conforme análise do inciso XIII, do artigo 5º, e do caput do artigo 6º:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;  
[...]

Art. 6º São direitos sociais *a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia*, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988). [grifo nosso]

Ainda que de forma breve e exemplificativa, percebe-se os descompassos entre as normativas de proteção à pessoa (internacionais e constitucionais) e o Estatuto do Estrangeiro. Mas é importante ressaltar os esforços empreendidos para uma nova leitura sobre os movimentos migratórios e para a realização de direitos e garantias dos migrantes no Brasil. Para tanto, voltar-se-á a atenção ao Projeto de Lei de Migração, que pretende substituir o atual Estatuto, e traz uma política migratória mais em consonância com os ideais humanitários e constitucionais.

### 3 O PROJETO DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA



Tramita atualmente na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 2.516, de 2015, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira. O referido projeto foi remetido à Câmara dos Deputados em 04 de Agosto de 2015, onde aguarda votação. Caso aprovada, a nova Lei irá revogar, em partes, a atual Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), dispendo as novas diretrizes acerca da regulamentação da entrada, estadia, e casos de remoção do migrante do território brasileiro, bem como seus direitos e deveres.

Segundo Ventura e Reis (2014), esse projeto de lei se contrapõe ao atual Estatuto do Estrangeiro, uma vez que exclui o ideário da abordagem meramente securitária e de interesses nacionais, para substituí-lo por um que esteja em consonância com os fundamentos da Constituição Federal, e com os tratados internacionais sobre direitos humanos em vigência no Brasil.

Um ponto importante de destaque é encontrado já quando analisados os artigos iniciais do Projeto de Lei, comparando-os aos artigos iniciais do Estatuto, uma vez que denotam claramente a visão que embasa cada um desses dois documentos, e as diferenças em cada texto.

A mudança no tom de compreensão sobre a proteção da pessoa fica explícita no artigo 3º do Projeto de Lei, onde estão dispostos os princípios e garantias que irão reger a política migratória no Brasil. Não é uma simples questão de opor o entendimento vigente, mas sim, a de trazer uma nova forma de entender o migrante dentro do espaço interno do Estado:

Art. 3ºA política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios:

I – universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;

II – repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;

[...]

IV – acolhida humanitária; (BRASIL, 2015).

Fica perceptível a preocupação não apenas com o respeito e amparo aos direitos humanos, como também, de forma enfática, o combate às diversas formas de preconceito, e discriminação a que estão sujeitos os migrantes. Discursos de ódio são facilmente disseminados em nosso cotidiano social, através dos meios de comunicação, redes sociais, e afins, e geralmente, partem da ignorância de indivíduos que não compreendem os fundamentos daquilo que atacam.

Nesse sentido, torna-se ainda mais perceptível a necessidade de normas que busquem combater essas práticas, destacando que estas condutas são reprovadas pelo Estado e seus institutos, incentivando, desse modo, a promoção de uma política acolhedora não apenas por parte do Estado, mas também da sociedade como um todo. A própria mudança do termo *estrangeiro* para *migrantes*, aponta para esse sentido.

O Projeto determina, dentre outras especificações, que, “Ao imigrante é garantida, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”





(BRASIL, 2015). Tal previsão encontra-se no artigo 4º, que traz ainda um rol de direitos pertinentes aos migrantes, garantindo sua liberdade de locomoção e de expressão social e cultural no território brasileiro, bem como a equidade de tratamento com relação aos demais nacionais.

Um ponto de análise importante, que reforça o respeito à dignidade humana e proteção a esses direitos, pode ser encontrado em leitura do art. 14 em consonância com o art. 25 do Projeto de Lei. O art. 14, inciso III, trata acerca da concessão de visto de visita, em condições de *acolhida humanitária*, sendo definido, no parágrafo § 3ª do referido artigo, que:

O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação, reconhecida pelo Governo brasileiro, de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento. (BRASIL, 2015).

O reconhecimento da acolhida humanitária aludida resgata, basicamente, os mesmos elementos motivadores do pedido de refúgio, conferindo assim, uma segurança maior ao migrante e a sua entrada no país. O outro fator determinante nessa análise é o encontrado no art. 25, inciso III, que confere ao migrante com visto de visita *em condição de acolhida humanitária*, o pedido de residência no território brasileiro, na forma da lei.

Ainda, acerca da residência, tem-se que a sua perda só poderá ser decretada mediante processo, desde que atendidos as garantias do contraditório e da ampla defesa. Tal entendimento estende-se da mesma forma aos exercícios da deportação, e repatriação. No caso da repatriação há uma proteção ainda maior, pois esta não poderá ocorrer nos casos de refúgio, apatridia, ou acolhida humanitária, conforme o artigo 47, § 3º do PL 2.516/15 que determina:

Não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, de devolução para país ou região que possa apresentar risco à sua vida, segurança ou integridade. (BRASIL, 2015).

Outro exemplo a se destacar acerca do caráter receptivo e integrador do Projeto encontra-se em leitura do art. 33, que versa acerca da reunião dos migrantes com seus familiares, através de concessão de visto ou residência a estes familiares, que pode ainda ser estendido à *dependentes afetivos*. O referido artigo, ainda menciona, no inciso I, que o visto ou autorização será concedido ao “cônjuge ou companheiro, sem distinção de gênero ou de orientação sexual.” (BRASIL, 2015).

Percebe-se a preocupação do legislador em compreender dentro do texto legal, os recentes avanços que a comunidade LGBT adquiriu na afirmação do reconhecimento dos seus direitos. Reitera, ainda, a ideologia por



trás do Projeto, no combate às diversas formas discriminação, discursos de ódio, e outras manifestações de xenofobia à que estão sujeitos os migrantes.

Caso prospere a nova Lei de Migrações, além de afirmar garantias e direitos que há muito são necessários para que haja uma real proteção aos migrantes, e a sua inserção na vida social, honrará ainda:

[...] uma dívida histórica do Brasil para com os migrantes que contribuíram, de modo decisivo, com seu desenvolvimento. Honra também a democracia, eliminando mais um entulho autoritário que parasita o presente e hipoteca o futuro do país. (VENTURA; REIS, 2014).

Em uma análise político-social, de forma bastante esclarecida, Ventura e Reis ressaltam à importância de uma nova legislação migratória que busque erradicar preconceitos, ao trazerem que “[...] nós que vivemos num país marcadamente desigual, onde campeiam violência, machismo, racismo e homofobia, temos uma grata surpresa: apesar de tudo, há quem aqui veja esperança e oportunidade de trabalho.” (VENTURA; REIS, 2014).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os migrantes, na realidade contemporânea, representam um importante elemento social a ser debatido e analisado. Os fluxos migratórios crescem exponencialmente, e as razões para tal fenômeno são as mais diversas. Com isso, os Estados veem-se na necessidade de criar ou modificar suas políticas migratórias, bem como as normativas que regulem a situação desses indivíduos, a fim de prestar a devida proteção à essa classe de pessoas que entram em seus espaços.

Com a análise dos autores, e dispositivos normativos elencados ao longo desse estudo, percebe-se a necessidade de uma normativa internacional que compreenda o migrante em sua condição especial, a fim de estabelecer padrões concretos de proteção. É possível notar que para garantir direitos para a classe de migrantes, como um todo, carece-se de normas que os enfoquem enquanto grupo, e não apenas em suas diversas classes individualmente compreendidas.

Em âmbito nacional, percebe-se que a atual legislação está defasada, e fora de sintonia com o que preceitua a Constituição Federal. O Estatuto do Refugiado possui caráter protecionista com relação aos interesses do Estado em detrimento da tutela dos direitos dos migrantes. Seus artigos reforçam uma ideologia excludente, e abrem espaço para exercício de discricionariedade do Estado para com os indivíduos que deveria proteger.

No entanto, ao que tudo indica, essa problemática está passando por uma reavaliação conceitual e normativa, através do projeto da nova Lei de Migração, que, se aprovado, trará uma nova dinâmica para o tratamento das situações atinentes a essa classe de indivíduos. O Projeto de Lei busca não apenas preencher as lacunas existentes quanto à sua proteção, mas também



suprimir uma concepção atrasada e seletista, compreendida pela atual legislação brasileira.

É necessário entender que essa proteção deve perpassar não apenas as garantias oferecidas pelo Estado, mas também a busca por uma conscientização por parte da sociedade, para que compreenda o migrante não como um ser alienígena, ou um inimigo. Deve ser sentido como um indivíduo integrante do meio no qual está inserido, compartilhando espaços e direitos, para que se possa caminhar para uma sociedade mais justa e igualitária.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **Refugiado ou Migrante?** O ACNUR incentiva a usar o termo correto. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto>>. Acesso em: 09 set. 2016.

APOLINARIO, Silvia Menicucci. O. S.; JUBILUT, Liliana Lyra. **A Necessidade de Proteção Internacional no Âmbito da Migração.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2016.

BAUMANN, Zygmunt. **Tempos Líquidos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 08 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.815, de 19 de Agosto de 1980.** Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FANTAZZINI, Orlando. **Políticas públicas para as migrações internacionais.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/livro\\_migracoes\\_fantazzini.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/livro_migracoes_fantazzini.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2016.

IBGE. **Censo demográfico 2010.** Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>>. Acesso em: 08 set. 2016.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados: e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** São Paulo: Editora Método, 2007. Disponível em:



<[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O\\_Direito\\_Internacional\\_dos\\_Refugiados.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf?view=1)>. Acesso em: 09 set. 2016.

MARTINE, George. **A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v19n3/v19n3a01.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2016.

ONU. **Número de migrantes internacionais chega a cerca de 244 milhões, revela ONU.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de-migrantes-internacionais-chega-a-cerca-de-244-milhoes-revela-onu/>>. Acesso em: 08 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **A história da Organização.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 08 set. 2016.

OSÓRIO, Luiz Felipe Brandão. Soberania estatal e o direito do migrante internacional: antinomia irresolúvel?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13776](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13776)>. Acesso em: 09 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007.

REIS, Rossana Rocha. **Políticas de nacionalidade e políticas de imigração na França.** *Revista brasileira de Ciências Sociais*, jun. 2004, vol.14, nº55. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

SPRANDEL, Marcia Anita. **Migração e crime: a Lei 6.815, de 1980.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v23n45/1980-8585-REMHU-23-45-145.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

VENTURA, Deisy; REIS, Rossana Rocha. **Carta Capital.** Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/divida-historica-uma-lei-de-migracoes-para-o-brasil-9419.html>>. Acesso em: 09 set. 2016.



## **IMIGRANTES NO BRASIL: PERCEPÇÕES DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO A PARTIR DA DESIGUALDADE E DA EXCLUSÃO EM MARX**

*Renata Maciel<sup>1</sup>  
Juliana Bedin Grandó<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A sociedade está em constante transformação, inclusive quanto a questões relacionadas ao tratamento dado aos estrangeiros. A questão do tratamento quanto aos refugiados é polêmica, uma vez que intrinsecamente relacionada com a ocorrência de conflitos intra e inter estatais, que assumem motivos variados, como religioso, étnico, político ou econômico e colocam em risco a vida, a liberdade e a segurança da população civil atingida.

Vivemos em um momento de transição na sociedade mundial, que decorre da ausência de fronteiras, da alteração de fluxos, da troca de informações, do estímulo ao consumo e, conseqüentemente, dos sonhos de uma vida melhor. Esse fenômeno chama-se globalização e encontra-se em total ligação com o fenômeno da migração.

Assim, o objetivo do presente artigo é analisar a relação entre globalização e migração, bem como apresentar as categorias de desigualdade e de exclusão a partir de um enfoque marxista e sua relação com a precarização do trabalho que ocorre atualmente, e que atinge, em especial, os imigrantes. Ainda, serão abordados os temas de inclusão excludente e exclusão includente como subcategorias utilizadas nas relações de trabalho com os imigrantes e a proteção legal conferida aos imigrantes refugiados pelo Brasil.

Para que o estudo seja desenvolvido, o texto encontra-se dividido em quatro partes, além desta introdução e da conclusão. A primeira parte aborda os fenômenos da globalização e da migração enquanto relacionados entre si. A segunda parte volta-se a análise da desigualdade e da exclusão conforme a teoria marxista, e a sua relação com os fluxos migratórios.

A terceira parte aborda como os fenômenos da desigualdade e da exclusão transformam as relações de trabalho no atual mundo globalizado, ou

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Diversidade Cultural e Inclusão Social pela Universidade FEEVALE, vinculada a linha de pesquisa Inclusão Social e Políticas Públicas. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, vinculada a Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos, com bolsa FAPERGS – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Administrativo e em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Advogada. E-mail: advogada.rmaciell@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito com concentração em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUI, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior - CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Advogada.



seja, como o trabalho tem apresentado um viés precário na atualidade.

No quarto ponto destaca-se a exclusão includente e a inclusão excludente, como os fenômenos relacionados à desigualdade e como transformam as relações de trabalho em especial no tratamento concedido aos imigrantes refugiados. Por fim, é abordada, a proteção legal (relacionada ao trabalho) conferida aos imigrantes refugiados em âmbito brasileiro.

Para o desenvolvimento do texto, foi realizada uma pesquisa de cunho teórico, com tratamento dos dados de forma qualitativa. A coleta dos dados se deu por meio de documentação indireta, por pesquisa bibliográfica e o método utilizado foi o monográfico.

## **1 A GLOBALIZAÇÃO E OS FLUXOS MIGRATÓRIOS:**

A migração internacional e a globalização são fenômenos diretamente relacionados a atual fase da sociedade mundial. No conceito de migração incluem-se os processos de emigração e imigração, que são, respectivamente, a saída de um lugar e a chegada em outro lugar (BRZOZOWSKI, 2012), e pode ter caráter temporário ou definitivo.

Neide Lopes Patarra (2006) destaca que a migração enquanto um processo universal e global, que se realiza em todos os lugares simultaneamente, sob novas dimensões, não é tão somente a força de trabalho para o capitalismo, e sim, conforme preceitua Robert Kurz a desmobilização mundial da força de trabalho na terceira revolução industrial. A autora sustenta tal afirmação no fato de que o capitalismo tem se tornado insular, isto é “a reprodução capitalista se reduz a “ilhas” ou “oásis” da produtividade e rentabilidade, em torno das quais surgem desertos econômicos” (PATARRA, 2006, p. 14).

Entre as principais causas do deslocamento contemporâneo, é possível destacar os movimentos estimulados por fatores sociais, econômicos ou políticos, desde a busca por melhores condições de vida e de trabalho (para o migrante e seus familiares) até os deslocamentos forçados na busca pela preservação da integridade física (que, em geral, decorrem de conflitos armados). Nesse sentido, George Martine (2005, p. 3) destaca que “o migrante vive num mundo onde a globalização dispensa fronteiras, muda parâmetros diariamente, ostenta luxos, esbanja informações, estimula consumos, gera sonhos e, finalmente, cria expectativas de uma vida melhor”.

Assim, conforme já referido, a migração encontra-se intrinsecamente ligada ao conceito de globalização, uma vez que essa pode ser entendida, segundo Stuart Hall (2006, p. 57) como aqueles “processos, atuantes numa escala global, que atravessa fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo, em realidade e em experiência, mais interconectado”.

No mundo globalizado o migrante convive com a ausência de fronteiras, a alteração de fluxos, a troca de informações, o estímulo ao consumo e, conseqüentemente, dos sonhos de uma vida melhor. Nesse sentido, Martine (2005, p. 3) destaca que “o migrante vive num mundo onde a globalização



dispensa fronteiras, muda parâmetros diariamente, ostenta luxos, esbanja informações, estimula consumos, gera sonhos e, finalmente, cria expectativas de uma vida melhor”.

Ocorre que, tal globalização para Hall (2006, p. 78), “é muito desigualmente distribuída ao redor do globo, entre regiões e entre diferentes estratos da população dentro das regiões”, enquanto que Martine a define como parcial e inacabada:

Entretanto, a globalização é parcial e inacabada, e isso afeta as migrações de várias maneiras. O dinamismo e a força principal da globalização residem na integração econômica, forjada, imposta e gerenciada pelas regras do liberalismo. Essas regras, porém, são seguidas seletivamente pelos próprios países que as promovem. O resultado é que a globalização apresenta dificuldades e morosidades no cumprimento de suas promessas. Muitos países crescem pouco ou nada e, enquanto isso, as disparidades entre ricos e pobres aumentam. Tais desigualdades contribuem para aumentar o desejo, e até mesmo a necessidade, de migrar para outros países (MARTINE, 2005, p. 3).

No mesmo sentido, para Boaventura de Sousa Santos (2005, p, 49-50), a globalização não é um fenômeno linear, inequívoco, espontâneo, automático, inelutável e irreversível. É, antes sim, multidimensional, podendo assumir orientações hegemônicas ou contra-hegemônicas. Nesse sentido:

Na forma que hoje assume, a globalização hegemônica neoliberal assenta numa nova divisão internacional do trabalho que se caracteriza pela globalização da produção conduzida por empresas multinacionais cuja participação no comércio internacional cresce exponencialmente. A economia global que daqui emerge, tem as seguintes características principais: a utilização global de todos os fatores de produção, incluindo a força de trabalho; sistemas flexíveis de produção e baixos custos de transporte; um novo paradigma técnico-econômico que faz assentar os ganhos de produtividade em incessantes revoluções tecnológicas; a emergência dos blocos regionais como a UE, a ALCA, a MERCOSUL ou a SADC; a ascendência crescente dos mercados e dos serviços financeiros internacionais; criação de zonas de processamento para a exportação, de sistemas bancários *offshore* e de cidades globais (SANTOS, 2010, p. 296-197).

Percebe-se que um ponto essencial da globalização atual é o predomínio dos processos financeiros e econômicos globais sobre os nacionais e locais. Martine (2005) destaca que, entre outros, a generalização do livre comércio, o crescimento no número e tamanho de empresas transnacionais que funcionam como sistemas de produção integrados e a mobilidade de capitais são aspectos que apresentam papel de destaque na realidade atual.

Diante do atual quadro de globalização, no qual o mercado prevalece sobre o Estado, o trabalho passa a ser subordinado aos interesses do capital, o que faz com que ocorra uma diminuição dos direitos dos trabalhadores. Em



decorrência disso, produzem-se grandes assimetrias sociais, uma vez que o poder econômico encontra-se concentrado nas mãos de poucas empresas nacionais e transnacionais.

Nesse sentido, abrem-se as fronteiras para o fluxo de capital e mercadoria, e, por outro lado, fecham-se as fronteiras em relação aos migrantes. Deste modo, “o estímulo massivo à migração internacional, provocado pela globalização, não é acompanhado por um aumento correspondente de oportunidades porque os países que atraem migrantes bloqueiam sistematicamente sua entrada” (MARTINE, 2005, p. 8).

As restrições legais que se impõem para a migração assumem consequências particularmente sérias, uma vez que as migrações forçadas se constituem em um desdobramento dos imperativos da globalização hegemônica, que cria dependência dos países periféricos em relação aos países centrais (SANTOS, 2005). Nesse contexto, se torna imprescindível que se atenda a necessidade de ampliação e efetivação dos Direitos Humanos dos migrantes. Patarra (2005, p. 24) destaca que:

É preciso se reconhecer o novo, difícil e conflitivo papel dos Estados Nacionais e das políticas sociais em relação aos processos internacionais e internos de distribuição da população no espaço, cada vez mais desigual e excludente; há que se tomar em conta as tensões entre os níveis de ação internacional, nacional e local; enfim, há que se considerar que os movimentos migratórios internacionais constituem a contrapartida da reestruturação territorial planetária intrinsecamente relacionada à reestruturação econômico-produtiva em escala global.

Certo é que no atual contexto de globalização a migração internacional é inevitável, e, segundo Martine (2005) deve ser vista como potencialmente positiva. Segundo o autor, as migrações devem ser entendidas como parte das estratégias de sobrevivência, de impulso para alcançar novos horizontes, sendo que, sob esse contexto, a globalização, atua como fator de estímulo, uma vez que o fluxo de informações sobre padrões de vida e oportunidades existentes ou imaginadas nos mais diversos países é imenso.

Por outro lado, apesar de o fluxo de informações promover tal estímulo, as oportunidades existentes para a efetiva migração não são as mesmas, uma vez que a abertura das fronteiras ocorre, cada vez mais para o fluxo de capitais e mercadorias, e, cada vez menos, aos migrantes. Conforme preceitua Martine (2005) é nessa relação que se encontra a grande inconsistência que define o atual momento histórico no que se refere às migrações internacionais, responsável pelo aumento de indocumentados e do tráfico de pessoas pelas fronteiras.

Com alguma particularidade, as dificuldades enfrentadas pelos migrantes se repetem e, com elas também, o sentimento de diáspora e de instabilidade diante do presente e do futuro. Assim, o próximo ponto passa a analisar os imigrantes e sua co-relação com a desigualdade e a exclusão segundo a teoria marxista.





## **2 A DESIGUALDADE E A EXCLUSÃO EM MARX E OS IMIGRANTES:**

A desigualdade e a exclusão são dois fenômenos diretamente ligados aos fluxos migratórios atuais. Assim, o presente ponto se propõe a analisar a desigualdade e a exclusão na concepção da teoria marxista, o que se faz a partir da leitura das obras: O Capital (MARX, 1996) e A Ideologia Alemã (MARX e ENGELS, 1998), e, Marx e a Exclusão (OLIVEIRA, 2004).

Marx teoriza a desigualdade a partir da relação entre capital e trabalho. Para o autor: o princípio da integração social na sociedade capitalista dá-se pela relação capital X trabalho. Tal relação assegura a desigualdade classista, a partir na desigualdade entre o capital e o trabalho. Assim, a desigualdade é um fenômeno sócio-econômico.

É sabido que não se muda a sociedade só com ideias e nem se muda a sociedade somente com estruturas, é preciso que os dois conceitos andem conjuntamente para que possam ocorrer mudanças sociais.

Para Marx, o homem é o sujeito social, sendo o objeto a realidade. O autor formula sua teoria a partir desses dois elementos, em uma análise da desigualdade a partir do trabalho. Assim, por trabalho entende-se toda forma de ação, seja ela de ordem material ou espiritual. Nesse sentido:

As nossas premissas são os indivíduos reais, a sua acção e as suas condições materiais de existência, que se trate daquelas que encontrou já elaboradas aquando do seu aparecimento quer das que ele próprio criou. Estas bases são portanto verificáveis por vias puramente empíricas.

A primeira condição de toda historia humana é evidentemente a existência de seres humanos vivos. (MARX e ENGELS, 1998, p. 18)

O trabalho material é aquele que transforma materiais em produtos, ou seja, é a transformação de uma matéria-prima. Já o trabalho intelectual altera a realidade, alterando a consciência social. No entanto, somente transformar a consciência social não é suficiente para mudar a realidade. É nesse momento que surge a divisão do trabalho.

A partir desse momento, a consciência pode supor-se algo mais do que a consciência da prática existente, que representa de fato qualquer coisa sem representar algo de real. E igualmente a partir desde instante ela encontra-se em condições de se emancipar do mundo e de passar a formação da teoria pura, teologia, filosofia, moral, etc. (MARX e ENGELS, 1998. p. 37)

Por sua vez as ações do trabalho podem ser reiterativas (que não transformam e realidade) ou práxis (que transforma e realidade). Assim, a práxis é a síntese entre o trabalho material e o intelectual. Desta forma, “a produção de ideias, de representações e da consciência está em primeiro lugar direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens: é a linguagem da vida real” (MARX e ENGELS, 1998, p. 25).

A partir dessas observações é possível considerar o trabalho como toda



a forma de ação do homem para a natureza e a realidade a fim de garantir as condições de existência humana. Assim, “a forma como os homens produzem esses meios depende, em primeiro lugar, da natureza, isto é, dos meios de existência já elaborados e que lhes é necessário reproduzir” (MARX e ENGELS, 1998, p. 19).

Já quanto a concepção de trabalho pode ser de duas formas: trabalho geral que é uma concepção permanente em qualquer época e qualquer tecnologia e o trabalho no capitalismo, que trata-se de uma dimensão específica e depende do modo de organizar a produção que gera um modo próprio de organizar a sociedade.

Essa atividade, esse trabalho, essa criação material incessante dos homens, essa produção é a base de todo o mundo sensível tal como hoje existe, e a tal ponto que se o interrompêssemos apenas por um ano, Feuerbach não só encontraria enormes modificações no mundo natural como até lamentaria a perda de todo o mundo humano e da sua própria faculdade de contemplação, ou mesma da sua própria existência (MARX e ENGELS, 1998, p. 32).

Assim, na visão marxista a categoria central da sociedade é o trabalho. No entanto, o fato de o trabalho assalariado estar desaparecendo não significa que a estrutura trabalho esteja desaparecendo. O que ocorre é que ela está sendo estruturada de uma nova forma, uma vez que “o que há de mais fértil numa construção teórica é a sua capacidade de sempre renovar-se, pôr-se diante dos dilemas históricos, atizar o pensamento e fornecer os meios de ainda avançar. Pois é o que ocorre com Marx” (OLIVEIRA, 2004, p. 16).

Nesse sentido, os migrantes possuem total relação com o fenômeno da desigualdade visto que o sistema da desigualdade assenta-se paradoxalmente no essencialismo da igualdade, sendo por isso que o contrato de trabalho é um contrato entre partes livres e iguais. Assim, a relação com os migrantes aparece tanto quando se fala em desigualdade frente às relações de trabalho por eles exercidas, por vezes, sendo consideradas relações de exploração; seja por serem diferentes dos nacionais, que não reconhecem esses migrantes como semelhantes a si e, logo, os excluem.

Conforme Avelino da Rosa Oliveira (2004), apesar de Marx não detalhar o fenômeno da exclusão em suas obras, é possível afirmar que seus escritos fornecem suficiente material teórico para que seja possível a estruturação do fenômeno da exclusão, o qual está presente de maneira expressiva na sociedade atual e, portanto, deve ser analisado.

O termo exclusão foi amplamente difundido desde o final do século XX, especialmente na área relacionada às políticas públicas, sendo empregado, pelas ciências sociais, como “se fosse um conceito científico de uso corrente, que já não mais precisasse ser definido; no campo das políticas públicas e da assistência social, constitui-se, inconfundivelmente, em alvo prioritário das ações” (OLIVEIRA, 2004, p. 16-17).

Como o termo não apresentou ao longo dos anos uma definição conceitual, passou a ser utilizado, segundo preceitua Oliveira (2004, p. 17) “por



quase todo mundo para designar quase todo o mundo”. Assim, importante delimitar que o ser excluído, que o presente trabalho se propõe e analisar é o imigrante, que sai de seu país em busca de uma melhoria na sua condição de vida e de sua família. Tal busca se dá em nível final pelo trabalho.

Diante deste prisma, tem-se que o fenômeno da exclusão social não é novo. A exclusão é um processo incluído na própria lógica do capital, ou seja, “o círculo entre exclusão e inclusão subordinada é condição de possibilidade dos processos de produção e reprodução do capital” (OLIVEIRA, 2004, p. 24).

Assim, o nexos interno da sociedade atual permanece inalterado, ou seja, apesar de todas as transformações sociais ocorridas na era da globalização, o mundo continua regido pela lógica do capital, proposta por Marx.

Oliveira (2004) destaca que Marx trata, explicitamente, a questão da exclusão, de forma bastante pertinente. No entanto, destaca que Marx não tematiza a questão da exclusão, por entendê-la como da esfera do não-tematizável.

Inicialmente a exclusão para Marx era considerada como um “empurrar para fora da institucionalidade jurídico formar ou como eliminação do outro” (OLIVEIRA, 2004, p. 143). Assim, o conceito reconhecia o Estado liberal como sendo o agente por excelência da inclusão. Por outro lado, este mesmo Estado revelava-se consagrado a interesses particularistas de uma classe, e, sendo assim, era o agente de exclusão de todas as demais classes sociais. Assim, é perceptível que o conceito da exclusão somente pode ser analisado dentro de uma totalidade complexa, que configura uma sociedade de classes (OLIVEIRA, 2004).

Nos anos que se seguiram Marx apresentou uma ideia de exclusão na qual estavam simultaneamente presentes de um lado as formas de exclusão (como a expulsão ou expropriação) da classe trabalhadora, e de outro, a sua reabsorção, recolocação como forma de inclusão. “Portando, exclusão e inclusão subordinada já são nitidamente percebidas como processos inerentes ao sistema do capital” (OLIVEIRA, 2004, p. 144).

Percebe-se, que a exclusão pressupõe um processo de inclusão subordinado àquela exclusão. Assim, Oliveira (2004, p. 144-145), explica que em O Capital, Karl Marx apresentou a exclusão e sua relação com a inclusão subordinada como:

um processo em que as realidades cuja complexidade ontológica não pode ser inteiramente abrangida pelo capital são excluídas e, depois de reduzidas a puras determinações quantitativo-econômicas, reincluídas no processo, porém já com outro status ontológico. Trata-se, pois, de um processo de redução ontológica. Portanto, o princípio exclusão-inclusão é posto a nu como condicionante necessário da lógica processante do capital.

Assim, só é possível a abordagem do conceito de exclusão colocando como horizonte a inclusão. Em resumo, é preciso que seja construída uma negação da negação, como alternativa teórico-prática capaz de compreender a superação da exclusão e a inclusão (OLIVEIRA, 2004).



Importante ressaltar que a exclusão não é um conceito capaz de constituir um novo paradigma social, por si só. A exclusão está sim incluída na lógica do capital, ou seja, “configura uma rede complexa, de relações multiplamente determinadas, que se articulam como sistema coerido pela lógica do capital” (OLIVEIRA, 2004, p. 146).

Nas sociedades globalizadas encontramos diversas formas de exclusão, sendo que está é utilizada para designar formas mais atualizadas de exploração. Assim, os fluxos migratórios são inerentes a nova realidade mundial.

Enfim, a exclusão segundo Marx, é apresentada por Oliveira (2004) a partir de três ideias, que tornam possíveis a compreensão da exclusão na atual sociedade complexa que vivemos, sendo elas: exclusão enquanto conceito descritivo, como conceito interpretativo e como conceito operativo.

No entanto, existem mecanismos capazes de controlar a desigualdade e a exclusão na sociedade atual, o que, entende-se, se dá por meio das políticas públicas de proteção aos desiguais e excluídos, no caso sob análise, dos migrantes. Assim, para o presente trabalho, importa o campo operativo, que inclui as políticas sociais compensatórias, como forma de combate à exclusão.

As políticas compensatórias de proteção aos direitos sociais e econômicos, na busca por rendimento mínimo de inserção social, são modernamente os mecanismos existentes para que se consiga manter a desigualdade dentro dos limites que não inviabilizem a integração subordinada. Percebe-se a importância de tais políticas na proteção aos migrantes.

Nesse sentido, apesar das transformações que ocorrem nas relações de trabalho, o Estado, continua a ser discutido em profundidade e profusão à luz da teoria marxista. Assim, importante se faz analisar as alterações sofridas pelas relações de trabalho ao longo dos anos.

### **3 A QUESTÃO DA DESIGUALDADE E DA EXCLUSÃO E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO:**

A relação do trabalho relacionada à migração no atual mundo globalizado advém desde a modernidade clássica, na qual a desigualdade formava categorias de dominação no sistema mundial. Nesse sentido, Kuenzer (2002, p. 84):

[...] a globalização da economia e a reestruturação produtiva enquanto macroestratégias responsáveis pelo novo padrão de acumulação capitalista, transformam radicalmente esta situação, imprimindo vertiginosa dinamicidade às mudanças que ocorrem no processo produtivo, a partir da crescente incorporação de ciência e tecnologia, em busca de competitividade.

É nesse contexto que retorna a categoria desigualdade através da escravatura, posto que, as culturas dominadas já estavam fragilizadas. Assim, é possível comparar a migração, dos dias atuais, como o elemento de exclusão que ocorre no sistema de desigualdade.



Conforme já destacado anteriormente, a forma de organização do trabalho na era da globalização assume características baseadas no aumento do fluxo de capital como consequência da diminuição das fronteiras, assim, o comércio internacional cresce aceleradamente. Sob esta conjuntura, as relações de trabalho se modificam. Com vistas a entender as transformações do trabalho no atual mundo globalizado, apresenta-se um breve estudo da precarização do trabalho.

André Gorz (2004) destaca que no contexto do taylorismo-fordismo a concepção de trabalho era trazida com extremo controle disciplinar, na qual se objetivava a máxima eficiência do trabalhador, sem lhe possibilitar qualquer iniciativa, ou seja, buscava-se a racionalização do trabalho. O trabalho era dividido em etapas que não buscavam a qualificação do operário, apenas que este exercesse sua função da forma mais eficiente.

No entanto, desde os anos 1970, conforme preleciona Ricardo Antunes (2001, p. 35), a categoria trabalho tem sido precarizada e degradada crescentemente:

O neoliberalismo e a reestruturação produtiva da era da acumulação flexível, dotadas de forte caráter destrutivo, têm acarretado, entre tantos aspectos nefastos, um monumental desemprego, uma enorme precarização do trabalho e uma degradação crescente, na relação metabólica entre homem e natureza, conduzida pela lógica societal voltada prioritariamente para a produção de mercadorias, que destrói o meio ambiente em escala globalizada.

A precarização do trabalho teve início no contexto da crise do sistema taylorista-fordista, ocorrida nos anos 1970. O sistema taylorista-fordista, vigente na indústria e nos serviços, já apresentava sinais de esgotamento durante todo o século XX, e era caracterizado por “grande indústria concentrada, com produção em série, com os controles do cronômetro, com as empresas verticalizadas, geradoras de um operariado produtivo de massa” (ANTUNES, 1999).

O mesmo autor destaca que não foi o esgotamento do sistema taylorista-fordista em si que sucumbiu, mas sim o próprio modo de produção e sua lógica societal. Assim, necessária se mostrava a alteração do padrão produtivo vigente:

O binômio taylorista-fordista já não era mais capaz de manter a dinâmica do processo de acumulação em escala mundial, mantendo altos índices de crescimento. Ao contrário, já era possível presenciar níveis decrescentes das taxas de lucro, no início dos anos setenta (ANTUNES, 1999, p. 56).

Nesse contexto de crise da estrutura do capital, Antunes (1999) destaca algumas tendências: a) a substituição do sistema taylorista-fordista pelas formas e produção flexibilizadas e desregulamentadas, quais sejam, acumulação flexível e pelo modelo de produção toyotista, caracterizado por não mais buscar a dominação dos trabalhadores, mas sim a sua mobilização, para que estes



entendessem todo o funcionamento do sistema utilizado na fábrica, para a partir disto fundar-se a responsabilidade e sentir-se ao fim partícipes do todo; b) o modelo de regulação social-democrático, no qual o estado de bem-estar social se sustenta, em especial nos países centrais, que vem sendo sabotado pela (des)regulação neoliberal, privatizante e anti-social. Nesse sentido,

[...] as velhas formas de organização taylorista/fordistas não têm mais lugar. A linha vai sendo substituída pelas células de produção, o supervisor desaparece, o engenheiro desce ao chão de fábrica, o antigo processo de qualidade dá lugar ao controle internalizado, feito pelo próprio trabalhador. Na nova organização, o universo passa a ser invadido pelos novos procedimentos de gerenciamento e passa-se a falar de Kan Ban, Just in Time, Kizen, CCQ, Controle Estatístico de Processo e do Produto. As palavras de ordem são qualidade e competitividade. O novo discurso refere-se a um trabalhador de novo tipo, para todos os setores da economia, com capacidades intelectuais que lhe permita adaptar-se à produção flexível. (KUENZER, 1998, p. 35).

Percebe-se que o período pós-fordista, foi responsável por revisar as conquistas dos trabalhadores, objetivando a busca da competitividade. Gorz (2004, p. 49) refere que se

Abre brechas cada vez mais largas no direito do trabalho e nas disposições das convenções coletivas, tem por princípio o fato de que o pertencimento do assalariado à empresa deve prevalecer sobre o seu pertencimento à sociedade e à sua classe, que o direito da empresa sobre “seus” trabalhadores deve prevalecer sobre os direitos que a cidadania social e econômica lhes confere.

Nesse sentido Irene Galeazzi (2006) destaca que a precarização do trabalho ocorre a partir de situações laborais que se tornaram expressivas com a ocorrência da chamada reestruturação produtiva sob égide neoliberal. Para a referida autora “a definição de trabalho precário contempla pelo menos duas dimensões: a ausência ou redução de direitos e garantias do trabalho e a qualidade no exercício da atividade” (GALEAZZI, 2006, p. 203).

Esta forma de organização das relações de trabalho, baseada na flexibilização das relações de trabalho, aumenta a incidência da desigualdade e da exclusão. Giovanni Antônio Pinto Alves (2009) destaca que a precarização do trabalho possui como base objetiva, a intensificação (e a ampliação) da exploração (e a espoliação) da força de trabalho e o desmonte de coletivos de trabalho e de resistência sindical-corporativa. Soma-se a isso, a fragmentação social nas cidades, decorrente do crescimento exacerbado do desemprego total e a deriva pessoal no tocante a perspectivas de carreira e de trabalho devido à ampliação de um precário mercado de trabalho

O novo modelo retroage no que tange a questão da proteção do trabalhador, uma vez que a questão da competitividade e o melhoramento das empresas possibilita uma abertura que retire direitos anteriormente conquistados pelos trabalhadores. Entre as formas de precarização do trabalho



é possível destacar: o assalariamento atípico, o trabalho assalariado não regulamentado, a subcontratação, o trabalho por tempo determinado, o trabalho em tempo parcial e a contratação de cooperativas de trabalho como uma forma especial de terceirização (GALEAZZI, 2006).

Assim, as empresas passam a ter o aporte de dois núcleos de trabalhadores. Por um lado, um núcleo central mínimo se preserva, que é o núcleo mais qualificado, polivalente, multifuncional, dos quais passa-se a exigir mais enquanto instrumento da empresa. Exige-se um funcionário que detenha além dos conhecimentos específicos, uma doação total à empresa, conformando o seu caráter laboral como forma de estabelecer a contratação (GORZ, 2004). Por outro lado, os diversos núcleos terceirizados, formados por trabalhadores que ocupam os cargos em condições de precarização, que estão na base da empresa.

Como resultante desse modelo, atualmente, encontra-se uma força de trabalho em plena disponibilidade para o mercado de trabalho. Nesse sentido, Antunes (1999, p. 58):

A empregabilidade, então, é, no meu entender, uma falácia do capital. Os empresários dizem: os trabalhadores estão desempregados porque não são qualificados. Aí o trabalhador ou a trabalhadora, que nem louco, se qualificam para depois permanecerem desempregados ou, na melhor das hipóteses, desempregar os que eram anteriormente qualificados.. E tem um segundo ponto: muitas empresas não precisam de trabalhadores qualificados, mas exigem a qualificação porque tem uma massa imensa de trabalhadores disponíveis.

A precarização do trabalho atinge, em especial, os migrantes, uma vez que a proteção do trabalhador é cada vez menor, já que a questão econômica e a reestruturação das relações de trabalho possibilitam que se retirem direitos anteriormente conquistados pelos trabalhadores. Em decorrência da retirada dos direitos, “o trabalho perde eficácia como mecanismo de integração num sistema de desigualdade para passar a ser um mecanismo de reinserção, num sistema de exclusão” (SANTOS, 2010, p. 298).

Diante do exposto, é possível perceber que atualmente a organização do trabalho, na história do capitalismo, acaba por servir aos interesses de produtividade e lucratividade das empresas em detrimento das necessidades e interesses dos trabalhadores. Com o desenvolvimento do capitalismo, introduziram-se, de forma estrutural e aparentemente definitiva, as práticas flexíveis de gestão da força de trabalho não em benefício dos trabalhadores. Muito pelo contrário, o enxugamento e flexibilidade nas empresas significaram perdas consideráveis de emprego, de estabilidade, de qualidade de vida e de dignidade aos milhões de trabalhadores que dependem dos seus salários para sobreviverem (PADILHA, 2009).

Por outro lado, é importante sempre lembrar que a questão do trabalho é um direito enquanto constitutivo da cidadania e, assim, quando efetivado traz consigo a dignidade da pessoa, que é a base da construção dos direitos na



sociedade mundial. A garantia de um emprego digno, em condições que lhe retirem a precariedade, deve constituir um dos aspectos fundantes da sociedade atual (GORZ, 2004).

Nessa perspectiva, a fim de que seja possível cumprir com a dignidade da pessoa humana, no que diz respeito ao trabalhador imigrante, necessário se faz que haja uma urgente releitura quanto à humanização do trabalho, para que esse trabalhador imigrante tenha as mesmas condições de trabalho e conquista pelo trabalho que os trabalhadores nacionais.

Assim, entende-se que é preciso superar a ideia de exclusão includente e de inclusão excludente nas relações de trabalho que atingem os imigrantes, a fim de que seja possível a redução da situação de precarização do trabalho que atinge essa parcela da população. A solução passa pela união entre a humanização da gestão das forças de trabalho e as políticas de proteção legal desses imigrantes, somado a necessidade de que a ideia de humanização supere o capital.

#### **4 A EXCLUSÃO INCLUDENTE E A INCLUSÃO EXCLUDENTE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A PROTEÇÃO LEGAL CONCEDIDA AOS IMIGRANTES REFUGIADOS EM ÂMBITO BRASILEIRO:**

É sabido que os imigrantes ingressam em âmbito brasileiro na busca por melhores condições de vida para si e para sua família, e que buscam no trabalho tal melhora. No entanto, com a precarização do trabalho, que gera uma nova dinâmica nas relações de trabalho, nem sempre tal melhora das condições de vida é alcançada. Nesse sentido, se faz importante destacar as macrocategorias que caracterizam o regime de acumulação flexível e sua relação com o trabalho, bem como a proteção concedida aos imigrantes refugiados pela legislação brasileira.

Acácia Zeneida Kuenzer (2002) destaca que é possível caracterizar um processo que caracteriza as relações de trabalho atuais, chamado pela autora de “exclusão includente”, o que significa que:

no mercado identificam-se várias estratégias de exclusão do mercado formal, onde o trabalhador tinha direitos assegurados e melhores condições de trabalho, acompanhadas de estratégias de inclusão no mundo do trabalho através de formas precárias. Assim é que trabalhadores são desempregados e re-empregados com salários mais baixos, mesmo que com carteira assinada; ou re-integrados ao mundo do trabalho através de empresas terceirizadas prestando os mesmos serviços; ou prestando serviços na informalidade, de modo que o setor reestruturado se alimenta e mantém sua competitividade através do trabalho precarizado (KUENZER, 2002, p. 90).

Os imigrantes apresentam-se como forma de mão de obra barata para as empresas, uma vez que se submetem a ocupar postos de trabalho que não interessam à população nacional, sendo que, na maioria das vezes, tais postos de trabalho não correspondem ao seu grau de qualificação, o que claramente





caracteriza uma forma de exclusão. Diante da exclusão includente, as cadeias produtivas passam a alimentar-se do trabalho precarizado, constituindo estratégias de super exploração do trabalho. Nesse sentido:

É importante destacar que esta é a lógica das novas relações entre capital e trabalho em tempos de mundialização do capital e reestruturação produtiva, viabilizadas por Estados de tipo neoliberal. Não se trata, portanto, de mera disfunção de efeitos passageiros, mas da própria possibilidade de acumulação do capital, posto que a reestruturação produtiva se alimenta e se mais se dinamiza quanto mais produz o seu contrário: o trabalho precarizado (KUENZER, 2002, p. 90).

Em lógica contrária a exclusão includente tem-se a inclusão excludente, caracterizada por Kuenzer (2002) como estratégias de inclusão em diversos níveis e modalidades. Como exemplo de inclusão excludente relacionada ao trabalho desenvolvido pelos imigrantes, tem-se que as empresas fornecem a esses imigrantes ajudas como, por exemplo, fornecimento de moradia e aulas de português, o que caracteriza a face da inclusão. No entanto, apesar de incluir, tais ações não correspondem a formação de identidades autônomas que sejam capazes de superar as demandas do capitalismo (KUENZER, 2002).

Assim, como alvos de processos relacionados de exclusão includente e de inclusão excludente os imigrantes vão sendo moldados aos interesses do capital, fornecendo a este “a força de trabalho disciplinada técnica e socialmente, na medida das suas necessidades, como reza a boa cartilha do toytismo” (KUENZER, 2002, p. 91).

Na busca por um modo de produção que se baseie no cumprimento de preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, onde se estabeleçam as condições de igualdade, unitariedade e justiça social, importante se faz uma análise da proteção que o Estado nacional dá a esta população imigrante no âmbito das relações de trabalho, uma vez que o Brasil é considerado referência, como líder da América Latina, na sua atuação quanto aos refugiados. Possui atualmente 8.863 refugiados reconhecidos, de 79 nacionalidades distintas, dos quais 28,2% deles são mulheres e 71,8%, homens (ACNUR, 2016).

Inicialmente, deve levar em consideração que a Convenção de 1951<sup>3</sup> dispõe sobre direitos econômicos sociais e culturais dos refugiados. Nesse sentido, a proteção de tais direitos é uma obrigação internacional que foi assumida pelos Estados signatários do referido instrumento (como é o caso do Brasil, que aderiu à mesma em 1952). Ainda, a Constituição Federal de 1988 estabelece a proteção aos direitos humanos aos brasileiros e também aos estrangeiros residentes em território brasileiro.

No que concerne às relações de trabalho tem-se que a Convenção de 1951, estabelece diversos artigos sobre a proteção ao trabalho e emprego dos

<sup>3</sup> Documentos internacional universal criado pelo ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), que estabelece os padrões mínimos de proteção aos refugiados.



refugiados em seu no capítulo III, o qual estabelece, entre outros direitos, que Estado contratante deve garantir aos refugiados o tratamento mais favorável dado, nas mesmas circunstâncias, aos nacionais de um país estrangeiro no que diz respeito ao exercício de uma atividade profissional assalariada.

Assim, no âmbito brasileiro, tem-se que são legalmente garantidos à população refugiada tanto os direitos da relação de emprego quanto os da seguridade social. No entanto, segundo Jubilut e Apolinário (2012), na prática os refugiados encontram os mais diversos tipos de problemas relacionados ao trabalho, sejam eles decorrentes da dificuldade com o idioma, falta de experiência ou qualificação, impossibilidade de exercer atividades para os quais eram habilitados em seus países de origem por não conseguirem comprovar mediante documentação sua formação, ou mesmo pela própria discriminação dos empregadores e colegas de trabalho. Ainda, a situação dos imigrantes refugiados é agravada pela própria precarização do trabalho. Nesse sentido,

A revolução tecnológica está a criar uma nova e rígida segmentação dos mercados de trabalho a nível mundial, entre uma pequena fracção de empregos altamente qualificados, bem remunerados e com alguma segurança, e a esmagadora maioria dos empregos pouco qualificados, mal remunerados e sem qualquer segurança ou direitos. [...] Aliás, a qualificação profissional em mercados de trabalho globalizados, mas segmentados deixa de ser ela mesma garantia do nível do rendimento e fonte de segurança (SANTOS, 2010, p. 298).

Soma-se as dificuldades inerentes a própria situação de refugiado, a transformação do trabalho que ocorrem em toda parte, em diferentes graus e com diversas consequências. Em geral, na prática, os refugiados ocupam postos de trabalho que não mais interessam à população nacional.

Por todo o exposto, percebe-se que as relações de trabalho estão cada vez mais fragilizadas, o que decorre do “novo padrão de acumulação decorrente da globalização da economia e da reestruturação produtiva, que, por sua vez, determina novas formas de relação entre o Estado e a sociedade” (KUENZER, 1998, p. 35).

Tal afirmação demonstra a fragilidade do papel do Estado no atual mundo globalizado, uma vez que a globalização ocorre de forma muito desigual e contraditória ao redor do mundo. Assim, as transformações mundiais, em especial as ligadas à migração e sua relação com o trabalho demonstram toda a fragilidade dessas pessoas. Portanto, é necessário que o Estado seja mais ativo na proteção aos direitos dessa parcela da população, a fim de que sejam efetivamente diminuídas a desigualdade e a exclusão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização trouxe consigo mudanças na forma em que as pessoas percebem o mundo uma vez diminuídas as fronteiras, altera os fluxos, aumenta e



facilita a troca de informações e estimula o consumo. Assim, em busca do sonho de uma vida melhor, muitas pessoas passam a migrar.

Ocorre que, em sentido contrário à abertura das fronteiras para o fluxo de capital e mercadoria, as mesmas se fecham em relação aos migrantes. As restrições legais que se impõem para a migração assumem consequências sérias, já que as migrações forçadas se constituem em um desdobramento dos imperativos da globalização hegemônica, que cria dependência dos países periféricos em relação aos países centrais.

Assim, os migrantes passam a fazer parte da fenômeno da desigualdade e, complementarmente, da exclusão, conforme se observou no ponto 2 do presente artigo, uma vez que fluxos migratórios são inerentes a nova realidade mundial. Nesse sentido, a desigualdade é teorizada por Marx a partir da relação entre capital e trabalho. Para o autor: o princípio da integração social na sociedade capitalista dá-se pela relação capital X trabalho. Tal relação assegura a desigualdade classista, a partir na desigualdade entre o capital e o trabalho. Assim, a desigualdade é um fenômeno sócio-econômico e a exclusão é uma consequência desse fenômeno. Destaca-se que a exclusão por si só não é capaz de formular um novo paradigma social, uma vez que inserido no paradigma da relação capital x trabalho.

Em decorrência da prevalência do mercado sobre o Estado, percebeu-se que as relações de trabalho têm se tornado cada vez mais frágeis, uma vez que a proteção do trabalhador é cada vez menor, já que a questão econômica e a reestruturação das relações de trabalho possibilitam que se retirem direitos anteriormente conquistados pelos trabalhadores.

Esta forma de organização das relações de trabalho, baseada na flexibilização das relações de trabalho, aumenta a incidência da desigualdade e, por consequência, da exclusão, sendo que atinge, em especial, os migrantes que acabam ocupando postos de trabalho que não interessam à população nacional.

Por fim, analisou-se as categorias de exclusão includente e inclusão excludente como formas de dominação do capital sobre o trabalho, o que demonstra a total fragilidade do papel do Estado no atual mundo globalizado, uma vez que a globalização ocorre de forma muito desigual e contraditória ao redor do mundo, razão pela qual entende-se necessário que o Estado seja mais ativo na proteção aos direitos dessa parcela da população, a fim de que sejam efetivamente diminuídas a desigualdade e a exclusão.

## REFERÊNCIAS

ACNUR, ONU. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_rel\\_ativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_rel_ativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1)>. Acesso em 11.jul.2016.

ALVES, Giovanni Antonio Pinto. Trabalho e reestruturação produtiva no Brasil neoliberal: precarização do trabalho e redundância salarial. **Revista Katálysis**,



p. 188-197, 2009. Disponível em < [http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/10825/S1414-49802009000200008.pdf?sequence=1&isAllo wed=y](http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/10825/S1414-49802009000200008.pdf?sequence=1&isAllo%20wed=y)>. Acesso em 27.jun. 2016.

ANTUNES, Ricardo. Trabalho e precarização numa ordem neoliberal. GENTILI, Pablo; FRIGOTO, Gaudêncio. **A Cidadania negada**. São Paulo: Cortez, 2001.

\_\_\_\_\_. O mundo precarizado do trabalho e seus significados. **Cad. psicol. soc. trab.**, São Paulo, v. 2, p. 55-59, dez. 1999. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-37171999000100008&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-37171999000100008&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 27.jun. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 11.jul.2016.

BRZOZOWSKI, Jan. Migração internacional e desenvolvimento econômico. **Estud. av.**, São Paulo, v. 26, n. 75, p. 137-156, Aug. 2012. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142012000200009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000200009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 11.jul.2016

GALEAZZI, Irene. Precarização do trabalho. In: CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena. **Dicionário de trabalho e tecnologia**, Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006.

GORZ, André. **Misérias do presente, riqueza do possível**. São Paulo: Annablume, 2004.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de OS. A população refugiada no Brasil: em busca da proteção integral. **Universitas-Relações Internacionais**, v. 6, n. 2, p. 9-38, 2008.

KUENZER, Acacia Zeneida. Exclusão includente e inclusão excludente: a nova forma de dualidade estrutural que objetiva as novas relações entre educação e trabalho. **Capitalismo, trabalho e educação**, v. 3, p. 77-96, 2002.

\_\_\_\_\_. As mudanças no mundo do trabalho e a educação: novos desafios para a gestão. FERREIRA, Naura SC **Gestão democrática da Educação: atuais tendências, novos desafios**. São Paulo, Cortez, p. 33, 1998.



OLIVEIRA, Avelino da Rosa. **Marx e a exclusão**. Pelotas: Seiva, 2004.

MARTINE, George. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. **São Paulo Perspec.**, São Paulo , v. 19, n. 3, p. 3-22, Sept. 2005. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392005000300001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 11.jul.2016.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 4ª Ed. Presença: 1998.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais. **Estud. av.**, São Paulo , v. 20, n. 57, p. 7-24, Aug. 2006. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142006000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142006000200002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 11.jul.2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

\_\_\_\_\_. **A gramática do tempo para uma nova cultura política**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2010.



## **IGUALDADE FRENTE À DIFERENÇA: DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES**

*Rosângela Angelin<sup>1</sup>  
Angelita Maria Maders<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

No processo histórico-evolutivo da humanidade, a identidade feminina passou por diversas modificações que rumaram a um desequilíbrio nas relações de gênero. Isso não implica dizer que as identidades das mulheres não são reconhecidas pela sociedade, mas que este reconhecimento tem sido equivocado, tanto que ocasionou em desfavor destas uma vida de submissão frente à dominação masculina e um cenário de desigualdades, justificado pela naturalização do papel feminino.

As relações de gênero foram firmadas ao longo desse processo, configurando-se como construções culturais de identidades masculinas e femininas, envolvendo relações de poder. Um dos resultados desse tipo de relação de poder pode ser vislumbrado na opressão e inferiorização das mulheres e na 'naturalização' dessas identidades, fazendo com que o reconhecimento social destas seja equivocado.

Diante desse cenário, constata-se que as mulheres, em todos os períodos da história, resistiram de formas diversas à opressão imposta, em busca da equidade nas relações de gênero. Mais recentemente, na modernidade, surgiram movimentos organizados capazes de alterar essa situação, sendo precursores de muitos avanços na melhoria da vida das mulheres. Estes são denominados movimentos feministas e movimentos de mulheres e deflagraram a conquista de diversos direitos de cidadania para as mulheres, até então concedidos apenas aos homens. Ao diferenciar essas formas de organização, pode-se afirmar que os movimentos feministas apresentam um caráter mais político, no sentido de buscar a equidade nas

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo-RS (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS e da Graduação de Direito dessa Instituição. Coordenadora do Projeto de Pesquisa *Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural* e do Projeto de Extensão *O lugar dos corpos das Mulheres na Sociedade: uma abordagem do corpo e da defesa pessoal*. Integrante do Núcleo de Pesquisa de Gênero da Faculdades EST. Integra a Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Defensora Pública do Estado na Comarca de Santo Ângelo/RS, Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Santo Ângelo e da Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Mestre em Gestão, Desenvolvimento e Cidadania pela Unijuí, Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück, (Alemanha), Pós-doutora pela Universidade de Santiago do Chile, e membro do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: angmaders@hotmail.com



relações de gênero e, portanto, abordam temas que envolvem política, direito sobre o corpo, emancipação, economia etc. Já os movimentos de mulheres, no Brasil, encontram-se ligados às pastorais sociais das igrejas e ocuparam-se mais com demandas voltadas para a melhoria das condições de vida das famílias, como saneamento básico, direito à saúde, alimentação, habitação. No caso brasileiro, mesmo com diferentes focos de atuação, esses movimentos se uniram no final da década de 1970 para lutar por causas comuns envolvendo a busca de direitos para as mulheres e a consequente mudança identitária da sociedade.

Sendo assim, o presente artigo pretende trabalhar aspectos envolvendo a (re)construção das identidades das mulheres e seu reconhecimento social, bem como analisar a trajetória desses movimentos, em especial no Brasil, apontando os avanços jurídicos e os direitos de cidadania alcançados por elas, em busca de relações de gênero mais equitativas.

## **1 COMO AS MULHERES CONSTITUEM SUAS IDENTIDADES E SÃO RECONHECIDAS**

A busca pelo reconhecimento das mulheres na sociedade tem sido um processo longo e árduo. Sabe-se que relações de gênero foram se firmando ao longo da história, configurando-se como construções culturais de identidades masculinas e femininas, envolvendo relações de poder e impondo comportamentos aos homens e às mulheres, que nem sempre se desenvolveram por meio da coerção física, mas foram incutidos na subjetividade humana “em toda a sua aparente liberdade e privacidade” (EAGLETON, 2005, p. 76).

Definir identidades envolve pressupostos da forma como o ser humano vive e constrói sua história, “[...] à forma como vive [...] na sua maneira de idear e de manipular o seu mundo histórico e, também, o modo como ele constrói sua projeção introspectiva e estética do mundo” (SIDEKUM *in* SIDEKUM [Org.], 2003, p. 266). E é por meio desta definição de identidades que este trabalho pretende abordar a questão das identidades das mulheres.

Uma grande parcela da sociedade ainda acredita, de maneira equivocada, que as desigualdades de gênero são ‘naturais’, tanto que, normalmente, homens e mulheres são identificados segundo o seu sexo. Tal naturalização, construída a partir de aspectos biológicos, impõe identidades para as mulheres, segundo as quais estas permanecem presas a seus corpos, realizando funções reprodutoras e cumprindo obrigações domésticas. Tais identidades, conforme pondera Perrot, têm excluído as mulheres de muitos direitos de cidadania (PERROT, 2007, p. 470). No mesmo sentido, Bourdieu contribui para o debate, ao afirmar que a cultura de dominação masculina está tão arraigada no imaginário das pessoas, que esta não precisa ser justificada, impondo-se, portanto, como algo natural nas relações sociais, sendo esta cultura reforçada pelas estruturas sociais, pela divisão sexual do trabalho, pelas religiões (BOURDIEU, 2007).



Portanto, ser mulher é uma condição e uma criação histórica “[...] cujo contenido es el conjunto de circunstancias, cualidades y características esenciales que definen a La mujer como ser social y cultural genérico” (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2011). Assim, as características esperadas das mulheres, que envolvem desde o comportamento e as atitudes, suas capacidades físicas e intelectuais, seu lugar nas relações econômicas, bem como a opressão a que são submetidas, são construção histórica e não atributos naturais ligados à natureza e ao sexo desta parcela da humanidade (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2011, P. 103-104). Diante deste contexto e na esperança de uma mudança desses papéis que foram impostos às mulheres, é preciso buscar elementos em várias áreas do conhecimento, como na antropologia, na história e na sociologia, a fim de contrapor a naturalização das identidades femininas de submissão e menosprezo.

Ao se voltar os olhos ao passado, para a história evolutiva da humanidade, pode-se perceber como as relações de gênero foram sendo construídas paulatinamente como resultado das relações sociais. Nesse aspecto, de se destacar que, atualmente, descobertas arqueológicas estão sendo reinterpretadas e têm revelado uma perspectiva ainda desconhecida: na pré-história existiram sociedades mais pacíficas e as mulheres tinham um papel de destaque na vida social. Riane Eisler, na obra *O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro* (2007), retrata descobertas arqueológicas que evidenciam um período no qual as mulheres não eram discriminadas e oprimidas, o que não significa dizer que estas oprimissem os homens. Ao contrário, vivia-se num ambiente de cooperação e parceria entre os sexos, embora a divisão do trabalho já fizesse parte do ambiente social.<sup>3</sup>

As mulheres, segundo esta corrente teórica, também ocupavam um espaço privilegiado na sociedade nos períodos paleolítico e neolítico, sendo consideradas deusas pelo seu poder reprodutivo. Sendo assim, “A figura da mulher era central. Porém, a sociedade não era de todo organizada de forma matriarcal, mas uma sociedade em que havia igualdade entre os sexos e divisão dos trabalhos” (EISLER, 2007, p. 54-67). Com o passar dos tempos, essa identidade das mulheres, composta por um elevado reconhecimento social, foi sendo modificada, em especial pelo estabelecimento do patriarcado. A relação de parceria entre homens e mulheres até então existente cedeu lugar a relações de gênero desiguais e opressoras.

As mulheres passaram a ter identidades secundárias no seio social, caracterizadas pela submissão, opressão sofrida e vivenciada sob os olhos de uma violência velada pela ‘naturalização desta condição’. Uma das formas utilizadas para reforçar o novo papel das mulheres no mundo privado, cheio de dissabores e de servidão, ocorria (e segue ocorrendo) através de narrativas de

---

<sup>3</sup> Duas obras recentes apresentam a outra versão da história da humanidade ressaltando como vivem mulheres e homens. São elas: *O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro* e *O prazer sagrado: sexo, mito e a política do corpo*, da socióloga, advogada e historiadora cultural Riane Eisler, da Califórnia. Nesta mesma linha argumentativa existem outras importantes obras como a de BADINTER, 1986 e de RUETHER, 1993.





mitos e contos, da educação familiar e da ideologia religiosa que ditavam (e seguem ditando) as regras de convivência social entre os gêneros. Assim sendo, o poder das narrativas na vida social é bastante eficaz na construção identitária, uma vez que esta tem como intuito socializar as pessoas e introduzi-las a estilos de vida, bem como informar ideologias e práticas sociais (MACLAREN, 1997, p. 162-167).

Ao se abordar, mesmo que brevemente, momentos históricos pertinentes às relações de gênero, não se pode olvidar que o Direito, na época medieval, também se voltava arbitrariamente contra as mulheres. Ele estava fortemente vinculado à religião, tanto que as fronteiras entre o que era considerado crime e pecado eram muito tênues. A forte influência da igreja e das normativas dos livros da Bíblia, mormente do livro de Gênesis, consolidaram a ideia da mulher como uma transgressora e pecadora, firmando, com isso, as bases do patriarcado cristão. Em nome dessa ideologia, um elevado número de mulheres foram mortas pelo processo da 'Santa Inquisição', sob a justificativa de serem disseminadoras do mal para a humanidade (ANGELIN, 2005).

Dentro do contexto acima citado, as mulheres, em especial as camponesas, vivenciaram uma tentativa de extermínio de saberes milenares, mormente dos relativos à cura de doenças com o uso de ervas medicinais. Em desfavor delas também eram alegadas práticas de magia negra, sexualidade subversiva e intenções pelo 'saber'. Por sua atuação, a Inquisição pode ser considerada uma massiva campanha judicial realizada pela Igreja Católica (principalmente), pelo próprio Estado e pela classe dominante, baseada numa perseguição religiosa, política e, principalmente sexual, contra as mulheres (EHRENREICH; ENGLISH, 1984, p. 10).

Perrot, em sua obra *Minha história das mulheres* (2007), ao se referir à história medieval das mulheres hereges e consideradas feiticeiras, atenta ao fato de que, na época, grande parte das mulheres participavam de seitas que questionavam o poder do clero, requerendo tratamento igual a todos e todas, além de questionar a hierarquia dos sexos. Muitas delas viviam juntas, em comunidade, e sobreviviam dos ganhos do trabalho de cuidar de doentes ou como tecelãs, sem vínculo a entidades religiosas. O fato era que “[...] essas mulheres não eram submetidas a qualquer vínculo de controle e por isso eram consideradas perigosas. A Inquisição as perseguiu [...]” (PERROT, 2007, p. 88) numa tentativa de reprimir as identidades destas mulheres, que estavam fora do padrão de comportamento determinado pela igreja.

Com efeito, Gebara chama a atenção, em sua obra *As incômodas filhas de Eva na Igreja da América Latina* (1990), para o fato de que, na época, muitas mulheres assumiram o discurso inquisitório cristão de pecadoras, “[...] incorporando para si a responsabilidade pela origem da maldição”, ou seja, ao papel reservado a Eva, reduzindo as identidades das mulheres à sua sexualidade (GEBARA, 1980, p. 31). A igreja pregara o papel da mulher numa figura idealizada “[...] na imagem da mulher por excelência, Maria, Virgem e Mãe que tenta resgatar a imagem da mulher de toda a fraqueza e mal que lhe foi imputado” (GEBARA, 1990, p. 33). Assim, percebe-se que, neste período



histórico, diferenças e desigualdades entre homens e mulheres e também entre as classes regulavam as relações sociais, ao contrário do Direito contemporâneo, fundado no princípio da equidade.

Contudo, embora a modernidade apresente um discurso humanista e antropocêntrico, vale ressaltar que muitos filósofos do iluminismo contribuíam para a submissão das mulheres afirmando que “È preciso ministrar às meninas ‘luzes amortecidas’, filtradas pela noção de seus deveres” (PERROT, 2007, p. 92). A exemplo disso, Rousseau ponderava que:

Toda a educação das mulheres deve ser relativa aos homens. Agradá-los, ser-lhes úteis, fazer-se amar e honrar por eles, criá-los, cuidar deles depois de crescidos, aconselhá-los, consolá-los, torná-lhes a vida agradável e suave: eis os deveres das mulheres em todos os tempos, e o que se deve ensinar-lhes desde a infância (ROUSSEAU *apud* PERROT, 2007, p. 92).

Isso demonstra, claramente, o papel secundário e voltado para a vida privada, reservado às mulheres. Posteriormente, ao longo do desenvolvimento do capitalismo, as desigualdades de relação de gênero se intensificaram. As identidades das mulheres foram estrategicamente relacionadas ao mundo privado, reservando-se a elas o trabalho doméstico e de cuidado da prole e do marido, sendo este trabalho gratuito, feito ‘por amor’ e considerado não produtivo.

A denúncia desta condição das mulheres à prisão do mundo privado é apresentada, com muita propriedade por Simone de Beauvoir em seu livro *O Segundo Sexo*, quando esta aborda a exclusão das mulheres do espaço público em função da naturalização do papel feminino na reprodução (Beauvoir, 2002). De acordo com a visão da autora, o trabalho feminino contribuiu com o capitalismo, uma vez que diminuía os custos da produção do trabalho, já que, desse modo, o salário dos homens não precisava ser tão elevado, pois não era necessário pagar pelos serviços domésticos.

Com a industrialização e as guerras, as mulheres foram obrigadas, novamente, a alterar suas identidades. Elas foram ‘requisitadas’ ao mercado de trabalho, mas mantiveram a responsabilidade pelas obrigações domésticas.<sup>4</sup> Tal exigência de uma dupla identidade – ser mãe e trabalhadora, além de gerar um conflito de identidades nas mulheres que, ao mesmo tempo buscavam ser boas profissionais, boas mães, boas esposas e boas donas de casa, gerou uma sobrecarga de trabalho para estas, o que perdura até os dias atuais para a maioria das mulheres. Woodward prevê que, “Podemos viver, em nossas vidas pessoais, tensões entre nossas diferentes identidades quando aquilo que é exigido por uma identidade interfere com as exigências de uma outra” (WOODWARD in SILVA [Org.], 2000, p. 31-32). E estas exigências às

---

<sup>4</sup>Embora, na atualidade, as mulheres estejam reconquistando espaços públicos, o que se percebe é que as obrigações tidas como próprias do sexo feminino foram mantidas, o que acaba tendo um custo muito elevado às mulheres, ou seja, o acúmulo de trabalho e responsabilidades (pois além daqueles da esfera pública, mantêm todas as obrigações domésticas).



mulheres têm gerado muitos problemas relacionais, psíquicos e sociais para estas.

No que se refere, no entanto, à construção de identidades femininas e ao seu reconhecimento pela sociedade, Bourdieu pondera que “[...] a dominação das mulheres é produto de uma relação histórica de diferenciação”, que encontra fundamento no masculino e não no feminino (BOURDIUR, 2007, p. 79). Silva, com muita propriedade, chama a atenção à proximidade entre identidades, diferença e relações de poder:

A afirmação da identidade e a enunciação da diferença traduzem o desejo dos diferentes grupos sociais, assimetricamente situados, de garantir o acesso privilegiado aos bens sociais. A identidade e a diferença estão, pois, em estreita conexão com relações de poder. O poder de definir a identidade e de marcar a diferença não pode ser separado das relações mais amplas de poder. A identidade e a diferença não são, nunca, inocentes (SILVA *in* SILVA [Org.], 2000, p. 81).

Nesse rumo, para Simone de Beauvoir, a construção das identidades é sucedida a partir de posições binárias, ou seja, as identidades se constroem a partir do ‘diferente’. Assim, no contexto de relações de gênero, as identidades das mulheres têm sido construídas e reconhecidas como ‘aquilo que os homens não são’ (BEAUVOIR, 2000). Silva afirma que, tanto as identidades quanto a delimitação da diferença trazem consigo a implicação das operações de incluir e de excluir num contexto de relações de poder:

A identidade e a diferença se traduzem, assim, em declarações sobre quem pertence e sobre quem não pertence, sobre quem está incluído e quem está excluído. Afirmar a identidade significa demarcar fronteiras, significa fazer distinções entre o que fica dentro e o que fica fora. A identidade está sempre ligada a uma forte separação entre “nós” e “eles”. Essa demarcação de fronteiras, essa separação e distinção, supõem e, ao mesmo tempo, afirmam e reafirmam relações de poder. [...] Questionar a identidade e a diferença como relações de poder significa problematizar o binarismo em torno dos quais elas se organizam (SILVA *in* SILVA [Org.], 2000, p. 82-83).

Com relação à política do reconhecimento das mulheres no mundo moderno, Wolf afirma que, no caso das mulheres, o que existe não é uma falta de reconhecimento de identidades, mas um reconhecimento equivocado. Normalmente, as culturas minoritárias que buscam reconhecimento o fazem diante da ameaça de uma possível aniquilação desta cultura. No caso das mulheres, é possível afirmar que elas já possuem suas identidades reconhecidas: as da opressão, da exploração e da submissão. O que elas buscam, no entanto, é a desconstrução dessas identidades e o reconhecimento respeitoso de novas identidades que não sejam excludentes e subjugadas, mas parceiras e fundadas em relações entre semelhantes, respeitadas suas diferenças (WOLF *in* TAYLOR, 1994, p. 1994, p. 96-98). Para isso, devem elas



conquistar a efetiva proteção de seus direitos formalmente declarados e torná-los realidade para todas.

De los Ríos aponta que para mudar as identidades das mulheres é preciso, sem dúvidas, também cambiar as identidades masculinas. A autora, porém, atenta que essa tarefa é árdua, pois grande parte da sociedade tem resistência a estas mudanças e, muitas vezes, age com agressões diretas e veladas:

Sin embargo, como cualquier modificación en La feminidad implica La modificación en La masculinidad (laboral, económica, reproductiva, erótica, etc.) hay una enorme oposición a estos cambios, y una gran cantidad de energías sociales y culturales de hombres y mujeres destinados a reproducir las relaciones de poder en las cuales está involucradas las mujeres desde la subalternidad.

[...]

La transformación de las mujeres es vivida social e individualmente como un atentado. Los hombres, las instituciones, *los otros*, y otras mujeres, generalmente enfrentan estos cambios con agresiones directas y veladas, con descalificación, la burla La humillación y el castigo (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2011, p. 181).

Sendo assim, constata-se que 'ser mulher' passa por uma categorização identitária que é cultural e histórica, construída, portanto, pela sociedade e pelas instituições que a compõem. Diante disso, percebe-se a complexidade envolta no processo de mudanças e conquistas emancipatórias para as mulheres, pois estas se encontram diante da resistência da sociedade e dos espaços vitais de poder que, na maioria das vezes, não consideram importante tal mudança identitária, pois isso pressupõe uma transformação das demais identidades e, conseqüentemente, a perda de muitos privilégios, em especial para os homens. Mesmo assim, as mulheres resistiram e resistem de forma organizada buscando equidade nas relações de gênero e, conseqüentemente, uma vida melhor.<sup>5</sup>

## 2 RESISTÊNCIA E LUTA DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS E DE MULHERES NO OCIDENTE

Ao iniciar a abordagem sobre o processo de resistência das mulheres e sua busca por equidade nas relações de gênero, vale destacar a importante colocação de De los Ríos, referente aos grilhões do patriarcado: "Em las más diversas sociedades contemporáneas uno de los hechos relevantes es la

---

<sup>5</sup>Entretanto, salutar se faz registrar que, em todos os períodos da história, também foram percebidos movimentos de resistência das mulheres contra este tipo de opressão masculina. A desvalorização do papel da mulher no mundo público é notória, tendo sido percebida, inclusive, no círculo de pensadores e cientistas de várias épocas. Apesar disso, em diferentes períodos da humanidade, os valores se direcionavam também para o reconhecimento das mulheres. Nesse rumo, não se pode olvidar do fato que os famosos filósofos gregos, Sócrates e Pitágoras, foram educados por sacerdotisas. Além disso, descobertas reportam evidências da existência de faraós mulheres no Egito e juízas na Grécia (EISLER, 2007, p. 178; 84. 122).



destrutturación de la identidad femenina patriarcal dominante”. De fato, o patriarcado, visto como uma estrutura social, política e cultural está presente na organização da sociedade atual e, como afirma Castells, esta permeia “[...] toda a organização da sociedade da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura”. Esta relação construída nos últimos milênios precisa ser rompida para que se desconstruam as identidades femininas patriarcais e os direitos humanos das mulheres sejam efetivados, a fim de se construir equidade nas relações de gênero (CASTELS, 199, p. 169).

Nesse palco de busca de novas identidades para as mulheres, os movimentos feministas e de mulheres estruturaram um novo cenário, possibilitando a elas o acesso a direitos humanos cujo gozo não lhes era facultado e a construção de relações de gênero mais equitativas. Esses movimentos, desde seu surgimento, têm questionado, com muita ênfase, os processos ditos democráticos que perpassam as relações dentro da sociedade e que seguem oprimindo as mulheres.

Logo, o sistema androcático<sup>6</sup> tem reagido com violência diante de movimentos de libertação das mulheres, o que foi gritante no século XIX, diante do surgimento dos movimentos feministas e de resistência. De acordo com Eisler, nesse período houve um aumento significativo da violência contra as mulheres, como execuções públicas de mulheres no Irã, prisões e tortura de mulheres na América Latina, aumento dos espancamentos das mulheres em seus lares. Nesse contexto, claro se faz que, para manter este sistema androcático é preciso que as mulheres sejam reprimidas, a qualquer custo (EISLER, 2007, p. 221-222).

Vale salientar, para tanto, que os movimentos sociais, caracterizados como agrupamentos da sociedade civil que busca reconhecimento de direitos e identitários, diante do Estado e da própria sociedade, são mecanismos imprescindíveis para trazer à baila as desigualdades vivenciadas e, com isso, pressionar a desconstrução de identidades equivocadas e a construção de equidade nas relações sociais.

Eisler chama a atenção para o fato de que o feminismo não é uma ideologia nova, pois a questão da ‘mulher’ foi um tema recorrente na história. Porém, na modernidade, o feminismo é uma das únicas “[...] ideologias que questiona frontalmente as relações humana, bem como o princípio do escalonamento humano baseado na força. Por isso ocupa um espaço único, tanto na história moderna quanto na história de nossa evolução cultural” (EISLER, 2007, p. 235). Percebe-se, que “[...] o grau de emancipação das mulheres é um indicador do grau de emancipação da sociedade. [...] esse movimento humanizou enormemente a sociedade como um todo” (EISLER, 2007, p. 217-218).

Tanto os movimentos feministas, quanto os movimentos em prol dos direitos humanos que surgiram no século XX, aliados aos avanços tecnológicos

---

6A androcracia é “[...] um sistema social regido pela força, ou ameaça de uso da força pelos homens [...] deriva das raízes gregas *andros*, ou ‘homem’, e *kratos*, ou ‘governo’” (EISLER, 2007, p. 165)



e científicos, ao crescimento do mercado de consumo e à inserção da mulher no mercado de trabalho, foram alguns dos fatores que acabaram ensejando a emancipação feminina. Esta, por sua vez, implicou a liberdade feminina no que se refere ao controle da reprodução, com o surgimento e utilização dos métodos contraceptivos. A partir de então, alguns direitos foram sendo gradativamente conquistados, como é caso do sufrágio feminino, do acesso à educação formal e ao trabalho fora do âmbito privado familiar, da participação das decisões familiares, como será apresentado a seguir, numa breve retomada histórica dos movimentos feministas e de resistência.

Como anteriormente referido, em se tratando de relações de poder, não se pode deixar de mencionar que os movimentos feministas e de mulheres contribuíram positivamente para uma mudança no pensamento político e, portanto, influenciaram no poder espacial, seja nas relações públicas como nas privadas. Os movimentos feministas constituíram-se a partir de uma nuance humanizadora que, historicamente, tem sido muitas vezes ignorada e assume um caráter plural e heterogêneo desde seu surgimento.

Embora também omitido dos livros de história padrão, o trabalho desconhecido ou ignorado de centenas de feministas do século XIX [...] melhorou óbvia e expressivamente a condição da metade feminina da humanidade. No âmbito doméstico, estas “mães” do moderno feminismo liberaram as mulheres das leis que permitiam o espancamento das esposas. Do ponto de vista econômico, ajudaram a libertar as mulheres das leis que davam aos maridos o controle sobre a propriedade das esposas. Também tornaram acessíveis às mulheres profissões como direito e medicina, e deram a elas acesso à educação superior, enriquecendo em muito a sua vida e a de suas famílias (EISLER, 2007, p. 2018).

O feminismo, como movimento organizado na modernidade, surgiu após a Revolução Francesa, em reação à servidão ainda vivenciada pelas mulheres daquele tempo e ainda existe e tem muito trabalho a fazer para efetivamente conseguir que sejam garantidos os direitos humanos em prol das mulheres.

Gohn, ao tratar dos movimentos feministas no mundo ocidental, destaca que estes passaram por três fases diferenciadas: A primeira fase ocorreu entre os séculos XVIII e o período inicial do século XX, quando as mulheres lutaram, de forma organizada e coletiva, por reconhecimento da igualdade de direitos, reconhecimento este que se pautava no âmbito legal, como o direito ao voto e à igualdade nas relações de trabalho (GOHN, 2010, p. 136). Perrot pondera que a Revolução Francesa, que faz parte desta primeira fase dos Movimentos Feministas, apresenta contradições, pois a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* não abrange as mulheres de forma universal e integral, pois concedeu-lhes direitos civis, mas não direitos políticos. Este fato suscitou a resistência das mulheres francesas, como foi o caso de Olympe de Gouges que, em protesto, escreveu a *Declaração da Mulher e da Cidadã* em 1791, tendo sido posteriormente morta pelo Estado em virtude da afronta cometida (PERROT, 2007, p. 142-143).



Seguindo o relato das fases dos movimentos feministas apresentada por Gohn, a segunda fase estava ligada aos costumes, ou seja, à busca da mudança de paradigma envolvendo a sexualidade, a violência, o mercado de trabalho. Esta fase teria ocorrido entre os períodos de 1960 e 1980. E, por fim, a última fase dos movimentos feministas teria iniciado, segundo ela, após a década de 1990, quando as mulheres ampliaram o debate da sua sexualidade e buscaram libertação sexual. Também nesse período, as mulheres sustentaram a prerrogativa de mudanças e reconhecimento de suas novas identidades (GOHN, 2010).<sup>7</sup>

Dentre muitos fatos históricos relatando processos de resistência das mulheres em prol da construção e do reconhecimento de uma identidade voltada para a equidade nas relações de gênero, não se pode olvidar do movimento feminista da Rússia que, resistindo organizadamente à opressão a elas imposta no mundo do trabalho, desencadearam a Revolução Russa, oportunidade em que foram realizadas

[...] manifestações massivas de mulheres em Petrogrado contra a miséria provocada pela participação da Rússia na I Guerra Mundial (1914-1918). A guerra havia empurrado a mulher russa para o mercado de trabalho. Em 1917, um terço dos operários industriais de Petrogrado era composto por mulheres. Nas áreas de produção têxtil da região industrial do centro, 50% ou mais da força de trabalho estava composta por mulheres. [...] com a revolução socialista elas conquistaram muito mais que direitos civis. Pela primeira vez na História, um país legislou que o salário feminino seria igual ao masculino pelo mesmo trabalho (TOLEDO *in* KOLLONTAI, 2007, p. 16).

Toledo, na apresentação da obra de Alexandra Kollontai, denominada *Autobiografia de uma mulher comunista sexualmente emancipada*, enfatiza que “[...] a revolução socialista na Rússia significou uma revolução também na situação da mulher. Pela primeira vez, o país toma medidas concretas para alcançar a igualdade entre homens e mulheres” (TOLEDO *in* KOLLONTAI, 2007, p. 16).

Fundamental se faz ressaltar, referencialmente ao processo histórico, que a Primeira Guerra Mundial foi um marco importante para o feminismo europeu. Ao mesmo tempo em que interrompeu as lutas das organizações feministas, requisitou as mulheres como força de trabalho para substituir os homens que estavam na guerra, forçando-as a deixar os lares. Assim,

[...] elas se imiscuem em lugares e tarefas masculinas nas quais se saem muito bem. Conduzem arados, automóveis e bondes. As “municionetes” manipulam obuses nas fábricas de armamento. As

---

7 Ao se destacar as fases dos movimentos feministas apresentadas por Gohn não se quer afirmar que seu desenvolvimento seja linear e que cada fase supera a anterior. Muito pelo contrário. Está-se referindo às principais características destes movimentos em determinados períodos históricos, já que, na grande maioria, são preservadas características de luta de fases anteriores.



mulheres gerenciam seu orçamento, aprendem a lidar com dinheiro, recebem melhores salários. Fazem greve por seu aumento [...] (PERROT, 2007, p. 144).

Terminada a guerra, a situação 'não voltou ao normal', como muitos imaginavam, sendo que o mesmo ocorreu ao final da Segunda Guerra Mundial (PINSKY in PINSKY [Org.], 2003, p. 295). Assim, a experiência de conduzirem seus lares e garantirem o sustento da família representou um grande avanço em suas vidas e na luta dos movimentos feministas por reconhecimento na sociedade e no Estado, bem como na conquista de direitos sociais, políticos, sexuais e reprodutivos, alterando, para tanto, suas identidades no contexto social. Isso fez, também, com que

Os homens, quando retornam, tentam recuperar suas prerrogativas: no trabalho, onde as mulheres muitas vezes devem ceder-lhes o lugar, no lar, onde os reencontros se mostram difíceis para os cônjuges que tinham ficado separados. Os divórcios tornaram-se numerosos. Decididamente, nada mais será como antes (PERROT, 2007, p. 144).

Já no âmbito da América Latina, os movimentos feministas nasceram por volta da década de 1970, em meio à repressão e ao autoritarismo dos regimes militares. Surgiram como corolário da resistência das mulheres ao referido regime ditatorial e, também, como consequência do processo de modernização, em decorrência do qual houve a incorporação das mulheres ao mercado de trabalho e a ampliação do sistema educacional. Nesse período, muitas mulheres, atuantes nos movimentos guerrilheiros ou nas organizações políticas, foram obrigadas a se exilarem, em especial aquelas que participaram do movimento estudantil, das organizações acadêmicas politizadas e dos partidos políticos progressistas. As feministas latino-americanas romperam com as organizações de esquerda em termos organizativos, mas mantiveram seus vínculos ideológicos e seu compromisso com uma reforma social, dentro da qual se realizavam os direitos da mulher e formas organizativas que possibilitavam o envolvimento de setores populares, o que, inclusive, diferenciou o feminismo latino-americano do europeu (MOLYNEUX, 2003, p. 269).

Sendo assim, pode-se afirmar que os movimentos feministas trouxeram um novo significado ao poder político e à forma de entendê-lo, buscando incluir as mulheres na vida da sociedade. Esses movimentos distinguem-se de outros movimentos de mulheres por defenderem seus interesses de gênero, questionando os sistemas culturais e políticos construídos a partir dos papéis de gênero atribuídos a elas historicamente, assim como por sua autonomia em relação a outros movimentos, organizações e o Estado e pelo princípio organizativo da inexistência de esferas de decisões hierarquizadas (horizontalidade) (ÁLVAREZ, 1990, p. 23).

É importante trazer, ainda, outra classificação dos movimentos feministas apresentada pela pesquisadora Rosmary R. Ruether, em sua obra





*Sexismo e Religião*. Para a autora, a organização das mulheres ocorreu através dos movimentos feministas, por meio de três correntes diferentes, contando com a participação de mulheres oriundas de diversas classes sociais, em busca de direitos de cidadania, como o direito ao voto, à igualdade entre homens e mulheres, à proteção de suas famílias e à autonomia sobre seus corpos (RUETHER, 1993, p. 180).

A primeira corrente, denominada de feminismo liberal, teve seu enfoque centrado na participação mais ativa das mulheres do mundo público, em especial no mundo do trabalho, rompendo com a naturalização dos papéis masculino e feminino na sociedade patriarcal. O centro da atuação do movimento liberal esteve na igualdade entre homens e mulheres e na melhora do *status* da mulher casada, na condição pública e privada, bem como na conquista do sufrágio feminino, na busca por igualdade salarial e na reivindicação pelo direito a seus próprios corpos (RUETHER, 1993, p. 180).

A segunda corrente do feminismo, denominada de feminismo socialista, teve seu início com a fase da Revolução Industrial e da Segunda Guerra Mundial. O crescimento do capitalismo também contribuiu para a independência das mulheres que, apesar de assumirem as responsabilidades do lar, precisaram sair do mundo privado para o mundo público, garantido assim o sustento de suas famílias. Esse fato teve grande importância na libertação das mulheres (RUETHER, 1993, p. 186). Porém, as responsabilidades domésticas seguiam e, a carga horária de trabalho das mulheres somente aumentou diante da dupla jornada de trabalho (no lar e no emprego). A terceira e última corrente feminista é conhecida como feminismo radical. De acordo com esta corrente, as mulheres são vistas como sujeitos individuais, donas de seus próprios corpos, de sua sexualidade e do direito de reprodução. “Para o feminismo radical, a questão central é o controle das mulheres sobre suas próprias pessoas, seus próprios corpos como veículos de experiência sexual autônoma e sua própria reprodução” (RUETHER, 1993, p. 190).

Após o estudo das três correntes feministas, cada qual com suas ideologias predominantes, percebe-se que sua união acrescentou ao feminismo maior reconhecimento e amplitude na sociedade atual. Com a atuação dos movimentos feministas, a busca pela dignidade humana, neste caso, das mulheres, perpassa por todas as correntes feministas que buscavam reconhecimento e direitos de cidadania. Sendo assim, tanto os direitos humanos e direitos fundamentais conquistados por meio da organização e atuação dos movimentos feministas e de mulheres se configuram como instrumentos de garantia, uma vez que na unidade deles encontra-se o ser humano, o qual é o fundamento e o fim do Estado Democrático de Direito.

### **3 MOVIMENTOS FEMINISTAS E DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO BRASIL**

Diferentemente de grande parte da Europa, os movimentos envolvendo mulheres no Brasil abrangeram duas linhas de pensamento bastante diversas,



ou seja, os movimentos feministas e os movimentos de mulheres. Os movimentos feministas apresentam um caráter mais político no sentido de buscar a equidade nas relações de gênero e, portanto, abordam temas que envolvem política, direito sobre o corpo, economia etc. Os movimentos de mulheres, por sua vez, encontravam-se ligados, principalmente no período da ditadura e pós-ditadura militar, às pastorais sociais das igrejas e ocuparam-se mais com demandas voltadas para a melhoria das condições de vida das famílias, como saneamento, direito à saúde, alimentação, habitação. Mesmo assim, esses movimentos uniram-se, no final da década de 1970, para lutar por bandeiras comuns envolvendo a busca de direitos humanos para as mulheres brasileiras.

Antes do surgimento desses movimentos, as mulheres brasileiras já haviam vivenciado processos de resistência e busca por direitos. A percepção inicial da condição de submissão ocorreu no contexto da abolição da escravidão brasileira, quando as mulheres começaram a perceber que também vivenciavam situação análoga, pois estavam presas às amarras que lhes eram impostas pelos laços familiares e sociais. Diante de tal constatação, iniciaram um lento processo de busca pela emancipação feminina, que perpassou a luta pelo direito ao sufrágio feminino alcançado somente em 1934, quando o mesmo foi constitucionalizado.

Após essa conquista, os movimentos sufragistas acabaram se desfazendo e o próprio movimento brasileiro feminino se enfraqueceu, embora não se possa desconsiderar a contribuição do anarquismo feminista do início do século XX, trazido pelas mulheres estrangeiras, as quais denunciavam o poder dos homens sobre as mulheres e batalhavam por melhores condições de trabalho para elas (PINTO, 2003, p. 33), tendo alcançado muitos direitos trabalhistas. Vale ressaltar a participação das mulheres em sindicatos na década de 1960, buscando melhores condições de trabalho, o fim das revistas íntimas no ambiente de trabalho e dos testes de gravidez, a igualdade salarial para aquelas que ocupassem o mesmo cargo que os homens, dentre outras reivindicações.

Um fato que marcou a ascensão ou a retomada dos movimentos feministas no Brasil foi a ditadura militar de 1964, quando um significativo contingente de mulheres juntou-se aos homens para protestar contra a falta de democracia. O exílio dessas mulheres, em sua maioria na Europa, colocou-as em contato com os movimentos feministas de lá, tanto que, ao retornarem ao seu país, trouxeram novas ideias e avaliações sobre o movimento em si. Isso contribuiu para uma visão mais clara e para a elaboração de estratégias para a construção dos movimentos feministas brasileiros. Aqui, entram os movimentos de mulheres de baixa renda, a maioria ligada às pastorais sociais das igrejas. Unidas, elas buscavam direitos básicos, como saúde, educação, alimentação, moradia e saneamento (GOHN, 2010, p. 140-141).

O grande desafio foi juntar os movimentos feministas aos diversos movimentos de mulheres, em especial porque estes últimos não tinham um debate acerca das relações de gênero. Mesmo assim, houve uma importante aliança entre os movimentos feministas e os grupos populares de mulheres



vinculados às associações de moradores e aos clubes de mães, que passaram a trabalhar temas ligados às especificidades de gênero, tais como creches e trabalho doméstico, assim difundindo os movimentos feministas em diversas cidades brasileiras. Novas bandeiras foram assumidas, como a dos direitos reprodutivos, do combate à violência contra a mulher<sup>8</sup>, da sexualidade, dentre outros, tendo-se conquistado muitos direitos cidadãos. Importante se faz salientar que outros movimentos se juntaram a este, como os de gays, de lésbicas e de negros.

Na década de 1980, o interesse político-partidário parece ter recaído sobre os movimentos feministas, que viram a possibilidade de atuação do feminismo no âmbito institucional do Estado como uma brecha na luta pela autonomia do movimento feminista (MOLYNEUX, 2003, p. 68). Caberia ao feminismo, então, influenciar esse aparelho para viabilizar a definição de metas sociais e o desenvolvimento de políticas sociais, além de mudanças legislativas que garantissem a equidade de gênero.<sup>9</sup> Na década de 1990, o contexto brasileiro se alterou e a tendência era a organização de grupos institucionalizados. Assim, as mulheres passaram a compor vários grupos distintos que buscavam a efetivação dos mais diversos direitos de cidadania.

No contexto jurídico-constitucional, pode-se afirmar que as constituições brasileiras, a partir da Constituição de 1934, também se reportaram, em diferentes graus, à busca pelos direitos humanos das mulheres. Foi a Constituição Federal de 1988, porém, que apresentou maiores avanços na seara das relações de gênero, pois fundada no princípio da equidade.

Por ocasião da elaboração da Constituição Federal de 1988 houve grande articulação entre as feministas e os movimentos de mulheres para que ela pudesse contemplar a equidade entre os gêneros, tanto que foram criados direitos especiais para as mulheres, o que em pouco tempo garantiu o reconhecimento do trabalho dos movimentos feministas e de mulheres. Assim, a Constituição de 1988 igualou os direitos civis das mulheres aos dos homens, tanto na vida pública quanto na privada, além de salientar, no rol dos direitos fundamentais individuais, a igualdade entre os sexos: “Art. 5º, I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Nesta mesma linha, o artigo 226, § 5º, da referida Constituição, garantiu igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal. Até então, as mulheres brasileiras não partilhavam tais direitos, inclusive nas decisões familiares.

Nesse contexto de conquistas constitucionais, não se pode olvidar o reconhecimento das mulheres agricultoras como trabalhadoras, direito este previsto no artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, transformando-as em portadoras de direitos trabalhistas e previdenciários, entre outros. Além disso, formam positivados direitos humanos voltados para igualdade salarial e

---

<sup>8</sup> Em 1985 foram criadas as Delegacias da Mulher, que muito têm contribuído para o combate à violência contra as mulheres.

<sup>9</sup> Vale ressaltar que no ano de 1985 foram criadas no Brasil Delegacias da Mulher, a fim de tratar das questões de violência contra as mulheres.



a não discriminação do trabalho em, qualquer grau, descrito pelo artigo 7º, inciso XXX, da referida Constituição.

A partir de então, muitos avanços puderam ser constatados no que se refere à situação das mulheres no mundo jurídico, como é o caso da garantia constitucional da igualdade material, que repercutiu na legislação infraconstitucional alterando dispositivos que contradiziam esse *status*. Era o caso do Código Civil de 1916, que descrevia uma condição subalterna da mulher na relação conjugal, bem como o fato de que a chefia da sociedade conjugal e a administração dos bens do casal pertenciam ao marido, sendo ele o provedor do lar e, portanto, o detentor do poder sobre todos os membros da família.<sup>10</sup> Embora esta condição jurídica das mulheres tenha sido alterada com o novo Código Civil de 2002<sup>11</sup>, a subjetividade desta ideologia perdura, legitimando a autoridade do homem na tomada de decisões, muitas vezes, arbitrárias, dentro da família.

Como se não bastasse, o Código Civil Brasileiro, que vigorou até o ano de 2002, previa a anulação do casamento quando a mulher tivesse sido 'deflorada' antes do casamento<sup>12</sup>, colocando-a na condição de simples mercadoria que, depois de 'usada', perdia seu valor e poderia, portanto, ser 'devolvida' a quem havia vendido o bem 'avariado'. Nesse contexto lastimável, não se pode olvidar que o Código Penal brasileiro previa, na seara dos crimes contra os costumes (delitos sexuais), a extinção de punibilidade em virtude do casamento do agente agressor com a vítima ou do casamento da vítima com terceiro, afrontando, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana em favor da honra da família patriarcal, o que, felizmente, foi modificado pelo legislador.

Apesar dos avanços que já se verificam, em regra, as leis, por serem produção masculina, carregam o caráter patriarcal que impera na sociedade. Isso permanece mesmo com a ascensão e presença de algumas mulheres ao e no Legislativo e, portanto, à função legislativa, já que a maioria dos deputados e senadores ainda é masculina. Também no âmbito do Poder Judiciário se faz necessária uma mudança de paradigmas para que este reconheça que o Direito não é somente masculino; que enfrente a realidade sem medo de fazer justiça, uma vez que cabe à jurisprudência inovar diante de

---

10 O Código Civil de 2002 alterou esta previsão, prescrevendo o que segue:

"Artigo 1.511 – O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Artigo 1.567 – A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único – havendo divergências, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses."

11 Este cenário jurídico foi alterado antes do novo Código Civil de 2002, por meio da Constituição Federal de 1988, que explicitou que homens e mulheres têm os mesmos direitos na sociedade conjugal, alterando o próprio conceito de família: "Art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

12 "Artigo 219 - Considera-se erro essencial sob a pessoa do outro cônjuge:

IV – o defloramento da mulher ignorado pelo marido" (Código Civil de 1.916).



novas situações e da própria evolução do conceito de gênero (DIAS, 2004, p. 25). Neste sentido, pondera Felberg sobre a posição do Poder Judiciário e os protestos de movimentos feministas gerados por tais decisões retrógradas:

O Poder Judiciário, representado pelos Tribunais do Juri, igualmente mantinha postura machista ao, sistematicamente, absolver homicidas acolhendo a famigerada tese da “legítima defesa da honra”. Muitos forma os homicídios praticados por homens contra mulheres que geraram inúmeros protestos e campanhas feministas. Quem não se lembra da frase celebrizada, inclusive pela mídia: “quem ama não mata” (FELBERG *in* BERTOLIN; ANDREUCI [Orgs.], 2010, p. 238).

No que se refere aos movimentos feministas no Brasil, lembra Felder que, em 1980, foi criado o movimento feminista denominado SOS-Mulher, que trabalhou de maneira bastante acentuada o tema da violência contra a mulher, movimento esse que denunciava, inclusive, o comportamento preconceituoso do Poder Judiciário refletido através de suas decisões judiciais. Nessa senda de pressão social dos movimentos feministas, foi inaugurada, em São Paulo, no ano de 1985 a primeira Delegacia da Mulher (FELBERG *in* BERTOLIN; ANDREUCI [Orgs.], 2010, p. 329).

Aos Poderes Legislativo e Executivo cabe também o papel de viabilizar o Estado democrático de direito. Neste sentido, o Brasil, a exemplo de outros países, tem avançado, pois cedeu à entrada das mulheres no espaço público e no mercado de trabalho, bem como à política das organizações internacionais. Em virtude disso, efetuou reformas legislativas em diferentes áreas – constitucional, de direito de família, do trabalho, penal –, a fim de estabelecer uma equidade de gênero. Fez isso, inclusive, por meio de sua legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei Maria da Penha e de políticas públicas voltadas ao reconhecimento da identidade da mulher e da equidade nas relações de gênero.

Neste rol de conquistas de direitos humanos voltados para as mulheres, pós Constituição Federal de 1988, deve-se ressaltar as políticas públicas governamentais que contribuem para melhorar o reconhecimento das mulheres na sociedade, além de empoderá-las para melhoria das relações de gênero. Um exemplo é o Programa Governamental denominado ‘Programa Bolsa Família’, que trata da transferência direta de renda para as mulheres, beneficiando famílias em situação de pobreza em todo o País. A transferência direta desta renda para as mulheres tem contribuído para redução da pobreza, melhoria da autoestima e o empoderamento das mulheres, reduzindo, inclusive, a violência doméstica contra as mulheres (ANGELIN; SENNA, 2011, p. 35-56).

Como resultado da busca incessante pelo direito à participação da vida pública, o ordenamento jurídico brasileiro previu o direito a cotas no registro de candidaturas para cargos eletivos. Primeiramente, a Lei 9.100/1995 tratava especificamente do gênero feminino, reservando 20% das vagas à candidatura para as mulheres. Num segundo momento, em 1997, a Lei 9.504 reservou as vagas de candidaturas para ambos os sexos, buscando atender a igualdade



isonômica, não obtendo, contudo, grandes êxitos, em face da não aderência das mulheres. Em 2009, estas leis foram alteradas pela Lei 12.034/2009 que, em seu artigo 10, 3º prevê: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”.

Após esse pequeno incurso histórico, de se relatar, ainda, que a década de 1990 iniciou com pequenos avanços para as mulheres nos organismos de governo, em virtude do conservadorismo dominante no Estado e do descrédito no movimento autônomo, que lutava em condições precárias, e diante do desprestígio no âmbito governamental. Também ocorreu que os movimentos sociais, dentre eles os feministas, nesse período, foram absorvidos pelo Estado, quando importantes lideranças ingressaram em cargos políticos do Estado e, por este motivo, os movimentos foram enfraquecidos diante da institucionalização dos movimentos pelos governos (GOHN, 2010).

Já em 2000, em razão da proximidade das eleições presidenciais, o feminismo brasileiro passou a articular uma atuação conjunta no sentido de garantir um compromisso com a demanda das mulheres por parte dos candidatos, o que ganhou corpo por ocasião do II Fórum Social Mundial, realizado em Porto Alegre, no final de janeiro de 2002, com a adesão de várias organizações e redes feministas, tendo os movimentos feministas e de mulheres aderido à Marcha Mundial de Mulheres, abrangendo movimentos de mais de 180 países. A partir de então, passaram a se organizar e a participar de conferências para discussão de metas e programas para proteção das questões de gênero. O resultado dessas conferências demonstra a força, a capacidade de mobilização e a articulação de novas alianças em torno de propostas transformadoras, que devem se estender não somente à condição feminina, mas a toda a sociedade brasileira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um destaque no cenário brasileiro, nas últimas décadas, pela audácia de exigir a efetivação da isonomia nas relações de gênero em diversos âmbitos sociais, têm sido as mulheres que, organizadas em movimentos feministas e de mulheres têm demonstrado que é possível construir relações de gênero baseadas na equidade, bem como têm forçado o Estado a assumir uma atitude mais contundente no reconhecimento das mulheres como cidadãs.

Por mais que se tente naturalizar o papel das mulheres e dos homens na sociedade, estas identidades são construções culturais que se firmam a partir de relações de poder. Portanto, os papéis sociais esperados, tanto das mulheres quanto dos homens, formam-se alterando no decorrer da história da humanidade, derrubando, assim, a argumentação da naturalização da inferioridade e da submissão das mulheres. Mas, como visto, não foi sempre assim e, portanto, não precisa continuar sendo assim. As identidades são voláteis e mutáveis, seguem sendo construídas e reconstruídas.



Como fonte de alerta e mecanismo de modificação desta condição feminina, os movimentos feministas e de mulheres tiveram uma decisiva contribuição: denunciaram as barbáries cometidas contra as mulheres, resistiram, enfrentaram o poder patriarcal e desafiaram a ordem vigente em busca do acesso aos direitos humanos negados às mulheres e da construção e reconstrução da identidade feminina. Pode-se afirmar que estes foram e, continuam sendo movimentos que movem as mulheres na busca do 'direito de ter direitos'. Resultado dessa brava batalha em busca da equidade nas relações de gênero no Brasil, estão os direitos humanos das mulheres, apregoados na Constituição Federal de 1988, nas demais legislações e nas políticas públicas estatais que estão sendo efetivadas, mas que necessitam ser ampliadas.

De los Ríos pondera que “Hay quien cree que la igualdad entre mujeres y hombres ya existe y por eso sólo es preciso corregir con equidad algunos excesos o inconvenientes” (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2011, p. 32). Realmente, no Brasil, a igualdade entre homens e mulheres avançou muito, principalmente, a nível jurídico. Porém, ainda falta muito para que essa igualdade jurídica seja transformada em isonomia e, de fato, no âmbito social. Disso depende a construção de uma nova cultura social, bem como da alteração das identidades das mulheres de homens, processo este que depende não somente das mulheres, mas também dos homens e de uma mudança cultural e ideológica nas relações de poder. Este é o maior desafio que é lançado na atualidade: efetivar os direitos humanos das mulheres, alcançados com muitos esforços, contra uma cultura patriarcal, sexista e violenta que ainda predomina na sociedade mundial, pois ainda hoje as mulheres buscam o reconhecimento de 'serem humanas'.

## REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Sonia. *Engendering Democracy in Brazil: Women's Movements in Transition Politic*. Princeton University Press: Princeton, 1990.

ANGELIN, Rosângela. A “Caça as bruxas”: uma interpretação feminista. *Revista Espaço Acadêmico*. 5v, nº 53, out. 2005. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/053/53angelin.htm>>. Acesso em 15. jun. 2013.

ANGELIN, Rosângela; SENNA, Taciara da Silva. “A influência das políticas públicas na emancipação das mulheres: o caso do Programa Bolsa Família”. *Revista Direito e sociedade: reflexões contemporâneas*. Nº 02. V. 1. Faculdades Integradas Machado de Assis. Santa Rosa: Kunde. p. 35-56. 2011.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.



BOURDIEU, Pierre. **A dominação Masculina**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DE LOS RÍOS, Marcela Lagarde y. **Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas**. Madrid: Romanyà Vakks, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre Justiça e os crimes contra mulheres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2004.

EAGLETON, Terry. **A idéia de Cultura**. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

EISLER, Riane. **O Cálice e a Espada: nosso passado, nosso futuro**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Pala Athena, 2007.

FELBERG, Lia. "A Delegacia da Mulher". In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. [Orgs.]. **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010. p. 325-335.

GEBARA, Ivone. **As incômodas filhas de Eva na Igreja da América Latina**. 2. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1990.

GOHN, Maria da Glória. **Novas Teorias dos Movimentos Sociais**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

EHRENREICH, Barbara; ENGLISH, Deirdre. **Hexen, Hebammen und Krankenschwestern**. 11. Auflage. München: Frauenoffensive, 1984.

MACLAREN, Peter. **Multiculturalismo crítico**. Tradução Bebel Orofino Schaefer. São Paulo: Cortez, 1997.

MOLYNEUX, Maxine. **Movimientos de mujeres en América Latina. Un estudio teórico comparado**. Madrid: Catedra/Universidad de Valencia, 2003.

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. Tradução: Angela M. S. Côrrea. São Paulo: Contexto, 2007.

PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. "Igualdade e especificidade" In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. [Orgs.]. **História da Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 265-310.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. Coleção História do Povo Brasileiro. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.





RUETHER, Rosemary Radford. **Sexismo e Religião**: rumo a uma teologia feminista. Tradução: Walter Altmann, Luís Marcos Sander. São Leopoldo-RS: Sinodal, 1993.

SIDEKUM, Antônio. "Alteridade e interculturalidade". In: SIDEKUM, Antônio [Org.]. **Alteridade e multiculturalismo**. Coleção Ciências Sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. p. 233-295

SILVA, Tadeu Tomaz da. "A produção social da identidade e da diferença". In: SILVA, Tadeu Tomaz da. [Org.]. **Identidade e Diferença**: a perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 73-102.

TOLEDO, Cecília. Apresentação. In: KOLLONTAI, Alexandra. **Autobiografia de uma mulher comunista sexualmente emancipada**. Trad. Lígia Gomes. São Paulo: Sundermann, 2007.

WOLF, Susan. "Comentário". In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 95-104.

WOODWARD, Knathry. "Identidade e Diferença: uma introdução teórica e conceitual". In: SILVA, Tadeu Tomaz da. [Org.]. **Identidade e Diferença**: a perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 7-72.



## PROTEÇÃO DAS CULTURAS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O RESPEITO AO MULTICULTURALISMO<sup>1</sup>

Wagner Lemes Teixeira<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasil enquanto nação estabeleceu em sua Magna Carta a proteção de direitos, no que refere-se a preservação da cultura indígena, sendo que por meio de tal diploma legal os índios alcançaram o direito de praticar suas crenças, costumes, usos e tradições. A respeito disso deu-se na citação da Lei Maior de um capítulo por completo acerca da proteção dos povos indígenas, fator este que gerou inúmeras interpretações por parte de diversos juristas, através de suas doutrinas.

Através de um estudo dedutivo, o artigo pretende analisar brevemente acerca da proteção da cultura indígena no ordenamento jurídico brasileiro e o respeito à diversidade cultural previsto na Constituição Federal de 1988, bem como as previsões de proteção aos indígenas no mesmo documento, buscando demonstrar como o Brasil tem se posicionado diante do respeito à diversidade cultural indígena. Constata-se que, ainda existem resquícios do processo de colonização no qual a cultura indígena fora marginalizada, gerando uma segregação dos povos indígenas na sociedade contemporânea.

A escolha desse tema se deu pela importância que a diversidade cultural possui na formação do Estado brasileiro, pois recebeu amparo legal na Constituição Federal de 1988. Portanto este trabalho possui conteúdo jurídico, histórico, filosófico e social, e visa contribuir para uma melhor análise dos problemas encontrados no que se refere ao reconhecimento e o respeito a cultura indígena no Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem fundamentos no multiculturalismo.

### 1 RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As culturas são compostas por pessoas que carregam consigo identidades diversas. Charles Taylor conceitua identidade como sendo “[...] aquilo que nós somos, de onde nós provimos”. Assim definindo, “[...] é o ambiente no qual os nossos gostos, desejos, opiniões e aspirações fazem sentido” (TAYLOR, *in* TAYLOR, 1994, p. 54). Nesse mesmo sentido Tomaz Tadeu da Silva aponta que

<sup>1</sup> Esta pesquisa é um extrato do Trabalho de Monografia defendido no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS, em 2015, sob a orientação da Profa. Dra. Rosângela Angelin.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS.



A identidade assim é simplesmente aquilo que se é: “sou brasileiro”, “sou negro”, “sou homossexual”, “sou jovem”, “sou homem”. A identidade assim concebida parece ser uma positividade (“aquilo que sou”), uma característica independente, um “fato” autônomo (SILVA, *in* SILVA [Org.], 2013, p.75).

Já para Manuel Castells identidade é “[...] o processo de construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados, o (s) qual (ais) prevalece (m) sobre outras fontes de significado” (CASTELLS, 1999, p. 22). Para Jonathan Rutherford “[...] a identidade marca o encontro de nosso passado com as relações sociais, culturais e econômicas nas quais vivemos agora” (RUTHERFORD *apud* WOODWARD, *in* SILVA, 2000, p. 19 p. 19-20).

Em verdade, nos estudos culturais há sempre a presença do debate sobre a identidade e diferença. Em linhas gerais, Tomaz Tadeu da Silva expressa haver uma cadeia, na qual a identidade se encontra longe dos olhos humanos, e estes têm buscado revelações de cunho nem sempre muito agradável sobre as demais identidades. Determinada cadeia ou regra, se aplica tanto nos casos da identidade como da diferença, confirmando haver uma dependência entre ambas. Assim, não há como separar identidade de diferença, já que as mesmas andam de mãos dadas, uma com a outra. A diferença, nas palavras de Tomaz Tadeu da Silva, é como se fosse um queijo, posto na mesa do café da manhã da residência de uma família de agricultores, pois todos, ali sentados, sabem que o produto que estão saboreando é derivado do leite, assim é a diferença, um produto derivado da identidade (SILVA, *in* SILVA [Org.], 2013).

Ainda, a identidade constitui-se por ser um ponto de referência ao qual se estabelecerá a definição de diferença, pois, conforme Silva, o ser humano toma sua própria vida emprestada, para descrever ou avaliar, aquilo que ele não é, ficando, assim sua pessoa como uma norma posta, para efetuar análises, a partir dos casos que se depara durante sua permanência aqui na Terra. Na perspectiva desenvolvida pelo autor, identidade e diferença não são indeterminadas, ao contrário, são determinadas (SILVA, *in* SILVA [Org.], 2013).

A filosofia da multiculturalidade, como conhecemos atualmente, é um marco da construção das análises dos diversos pensamentos de inúmeros pensadores, destes últimos trinta anos (SANTOS, *in* BERTASO; LOCATELLI [Org.], 2013). Já que suas discussões, não restringiam-se ao universo da academia, mas muito além disso, foram ganhando corpo de forma pragmática no cotidiano, no que tange as ciências sociais aplicadas, no que refere-se ao Direito e a Política (SANTOS, *in* BERTASO; LOCATELLI [Org.], 2013).

Ao redor do globo terrestre, inúmeras constituições, e demais codificações infraconstitucionais, dos ordenamentos jurídicos vigentes, somadas com as decisões judiciais das mais diferentes cortes, espalhadas pelo mundo, trazem consigo no seu bojo conteúdos, cuja finalidade última é reconhecer as identidades das minorias (SANTOS, *in* BERTASO; LOCATELLI [Org.], 2013). Assim, segundo Copetti, nota-se a clara nitidez da “transferências



da filosofia multiculturalista e da política da diferença para o campo jurídico. O caso da Constituição brasileira de 88”, conforme esboça o presente jurista em seu artigo *A Constituição multicultural* (SANTOS, *in* BERTASO; LOCATELLI [Org.], 2013).

Percebe-se, que no Brasil, o sistema jurídico em vigor foi favorável na recepção das ideias defendidas pela filosofia da multiculturalidade, ou seja, o multiculturalismo, ao mencionar no preâmbulo da Magna Carta o termo “pluralista e sem preconceitos”, veja-se:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Logo, os seguintes termos presentes no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 revelam que “o projeto político constitucional” e jurídico, outorgado pelos representantes do povo, como salienta Santos não admite “hegemonias culturais, comportamentais, étnicas etc. Mais do que isso. Ao constarem tais previsões no preâmbulo, surgem tais como cânones hermenêuticos a serem adotados em todo e qualquer movimento jurídico que venha a ser feito dentro do sistema jurídico do país (SANTOS, *in* BERTASO; LOCATELLI [Org.], 2013).

Há no ordenamento jurídico brasileiro, uma forte ligação entre os princípios fundamentais, consagrados pelo texto constitucional de 1988 e a filosofia multicultural, uma vez que para Santos aquele “contemplou como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político” (SANTOS, *in* BERTASO; LOCATELLI [Org.], 2013).

Basicamente, três são os princípios fundamentais que contribuem como ideias para influência do pensamento multicultural na Constituição Federal de 1988. Dentre eles pode-se citar: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (SANTOS, *in* BERTASO; LOCATELLI [Org.], 2013).

Na matriz de pensamento de Santos os dois primeiros princípios fundamentais, ou seja, a cidadania e a dignidade da pessoa humana devem não só serem entendidos “[..] dentro da totalidade de um novo projeto de sociedade, Estado e Direito, com a positivação de diferentes núcleos de direitos fundamentais”. Somado com a infinidades de ideologias que compõem o Estado, não havendo assim a prevalência da ideologia liberal ou social, pois conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, perante a lei todos são iguais, não somente na sua singularidade como também nas diferenças que cada



indivíduo possa apresentar enquanto membro da sociedade (SANTOS, *in* BERTASO; LOCATELLI [Org.], 2013).

A partir do aparato constitucional de 1988, é possível encontrar diversos elementos que tornam-se essenciais para a manutenção do Estado Democrático de Direito, dentre eles, menciona-se o pluralismo político, ideia que coaduna com os objetivos da filosofia multiculturalista (BRASIL, 1988).

Acerca de toda esta ideia, assevera Santos a conceituação e os reais motivos que originou-se desta:

O pluralismo político é uma condição de possibilidade principiológica para que toda e qualquer pretensão política possa se fazer representar dentro do sistema democrático representativo. Não faria sentido haver a projeção de uma sociedade pluralista no Preâmbulo se em algum outro momento não houvesse uma previsão que instrumentalizasse a possibilidade dessa pluralidade social fazer-se representar no quadro democrático (SANTOS, *in* BERTASO; LOCATELLI [Org.], 2013).

Assim, a partir da inserção dos termos “pluralista e sem preconceitos” que o Estado Democrático de Direito não compactua com nenhuma forma de predomínio cultural, isto é, a predominância de culturas majoritárias, repudiando aqueles que agem de maneira preconceituosa com relação aos que pertencem a outras culturas (BRASIL, 1988).

O artigo 3º, em seu inciso IV, o qual discorre sobre os objetivos da República Federativa do Brasil, salienta-se que temos no nosso ordenamento jurídico uma linha objetivista, completamente multiculturalista, pois a Constituição Federal de 1988, nos determina: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Já no seu artigo 5º, incisos XLI e XLII da Lei Maior impõe uma ação de punição por parte do Estado, a todos que praticarem discriminação contra pessoa por pertencer a alguma cultura pouco aceita no meio social ou em razão de sua descendência étnica (BRASIL, 1988).

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, torna-se de fácil compreensão perceber que antes desta, a cultura indígena não era tida como assunto em pauta. Porém, com o advento desta, sobreveio uma quantidade de artigos no que se diz respeito sobre a referente cultura (BRASIL, 1988). Dentre as principais causas que contribuíram e contribuem, para a exclusão social dos indígenas, faz-se necessário mencionar sete causas prováveis: o afastamento do índio do meio social; a falta de conhecimento que este não detém a seu respeito; o desrespeito que o meio social possui para com o índio; os preconceitos formados a partir de sua identidade; a carência de diálogo existente entre o não-índio e o índio; além da falta de mobilização por parte da sociedade, com referência aos seus direitos indígenas (TREIN [Org.], 2010).

## **2 PREVISÕES DE PROTEÇÃO AOS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O RESPEITO A SUAS CULTURAS**



Para compreender, se houve ou não previsões de proteção aos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessário realizar um apanhado histórico constitucional. A primeira Constituição é datada de 25 de março de 1824, ou seja, a Constituição Política do Império do Brasil, mas já de início não chegou a citar o direito indígena no seu texto legal. Contudo, José Bonifácio, apresentou um projeto que discorria sobre a temática indígena, porém o referido projeto não integrou o texto constitucional, embora houvesse aprovação do mesmo (BRUM, 2008).

Há de se lembrar, que José Bonifácio, denominou seu projeto que visava incluir os índios no espaço social brasileiro de “Apontamentos dos Índios Bravos do Império do Brasil”, pois em sua mentalidade o grande propósito do projeto era o de ensinar a cultura católica, isto é, o processo de catequização dos índios (BRUM, 2008).

Sabe-se que o decreto nº 426 de 24/07/1845, buscou regular os direitos dos indígenas, naquela época, foi tão importante, que se tornou um marco fundamental, para que hoje possamos, possuir um capítulo na Constituição Federal de 1988. Ademais, pode-se salientar que o projeto de José Bonifácio contribuiu como um marco referencial para dois fatores distintos: as políticas referente aos indígenas atuais e o Decreto nº 426, de 24/07/1845 (BRUM, 2008).

Em síntese a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, datada de 24 de fevereiro de 1891, não regulou no seu corpo constitucional o direito indígena, vindo este a ser matéria da previsão constitucional da Magna Carta de 1834, em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “m”, e artigo 129, pelo qual ambos afirmavam que a União detinha a competência para legislar sobre a matéria indígena. Porém na promulgação constitucional de 1937 e 1946, o descaso quanto ao direito dos indígenas continuava (BRUM, 2008).

Após a elaboração e promulgação constitucional de cinco constituições, é que se iniciou o período de alterações sobre os direitos dos índios, assim, iniciando com a Constituição de 1967, pois durante o período da ditadura militar, de acordo com artigo 4º, inciso IV da Constituição, a qual previa a posse da terra por parte dos índios, além da previsão do usufruto, em que os indígenas possuíam o direito de desfrutar dos recursos que a natureza lhe provinha (BRUM, 2008).

Sabe-se que em 17 de outubro de 1969 houve a Emenda Constitucional nº 01 que estabeleceu a proteção jurídica aos índios, quanto a questão do seu território e a questão agrária. Porém, ao se realizar uma análise sociológica acerca da evolução brasileira do direito dos indígenas, chega-se à conclusão de que não houve preocupação, por parte dos governos que se sucederam na Presidência da República, com relação ao direito dos povos indígenas, fato este comprovado pela existência de pouquíssima regulação no ordenamento jurídico brasileiro, além, é claro, no que tange a sua cultura, que foi e continua sendo desprezada por grande parte da sociedade (BRUM, 2008).

Com a luz da Constituição Federal de 1988, deu-se a proteção de direitos, no que refere-se a preservação da cultura indígena, sendo que por



meio de tal diploma legal os índios alcançaram o direito de praticar suas “crenças, costumes, usos e tradições”. A respeito disso deu-se na criação da Lei Maior de um capítulo por completo acerca do assunto (BRASIL, 1988). Então, presenciou-se a preocupação de se constar na Constituição algumas peculiaridades a respeito da proteção à cultura indígena, como a “[...] sobrevivência física, a questão agrária, o bem estar e a reprodução cultural” (BRUM, 2008).

Como observado no decorrer da história do direito constitucional, foi com o advento da Constituição Federal de 1988, que pela primeira vez na história do Brasil, os índios ganham espaço no cenário nacional, quanto aos seus direitos de cultivarem vivas suas crenças, costumes, usos e tradições. A nova Magna Carta surgida a partir da Constituinte de 1988, foi bastante inovadora, uma vez que traz no seu bojo, praticamente boa parte da matéria indígena que encontra-se regulada no ordenamento jurídico brasileiro, não estabelecendo somente alguns direitos básicos aos povos indígenas, mas foi muito além disso, também cuidou de regular questões que versão sobre demarcação de terras, aproveitamento dos recursos hídricos e atos praticados por indígenas. Logo referidas temáticas são abordadas no capítulo VIII, na parte da Ordem Social Brasileira da Constituição Federal de 1988.<sup>3</sup>

O artigo 231 da Constituição Federal de 1988, estabelece, de forma expressa os direitos de organização social, costumes, línguas, crenças e

<sup>3</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo” (BRASIL, 1988).



tradições no tocante a civilização indígena, uma vez que confere-os, como os verdadeiros proprietários das terras que usualmente fazem uso, além de atribuir a competência à União, para demarcá-la e fazer proteger e respeitar todos os seus bens. Nesse sentido, menciona Santos que:

Os sistemas jurídicos constitucionais, antes fechados ao reconhecimento da pluriculturalidade e multiétnica, foram reconhecendo, um a um, que os países do continente têm uma variada formação étnica e cultural, e que cada grupo humano que esteja organizado segundo sua cultura e viva segundo a sua tradição, em conformidade com a natureza da qual participa, tem direito à opção de seu próprio desenvolvimento. Estes novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada. Não são fruto de uma relação jurídica, mas apenas uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento, acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais. Isto quer dizer que os direitos coletivos não nascem de uma relação jurídica determinada, mas de uma realidade, como pertencer a um povo ou formar um grupo que necessita ou deseja ar puro, água, florestas e marcos culturais preservados, ou ainda garantias para viver em sociedade, como trabalho, moradia e certeza da qualidade dos bens adquiridos (SANTOS, 2001, p. 11).

Conforme Helder Girão Barreto, quanto aos direitos indígenas, é possível identificar dois momentos:

Antes da Constituição Federal de 1988, os “direitos indígenas” reconhecidos eram basicamente restritos ao direito de posse sobre a terra, isto é, estritamente de natureza Civil; a partir da Constituição Federal de 1988, houve uma significativa ampliação destes direitos, sobretudo como consequências do reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para a sua garantia e efetivação (BARRETO 2008, p. 100).

É devido a isso, que o mencionado autor, entre outros, reconhece que a Magna Carta de 1988, especificamente ao que se refere aos “direitos indígenas”, representou uma verdadeira “mudança de paradigma”. Ao discorrer sobre a história do Direito Brasileiro, Orlando Villas Boas Filho, diz que:

O artigo 231 da Constituição de 1988 é de fundamental importância, visto romper abertamente com a orientação integracionista de toda a legislação anterior que, embora reconhecesse os valores culturais, as tradições, os usos e costumes das comunidades indígenas, sempre teve por meta a integração dos índios na sociedade nacional (FILHO 2003, p. 289).

No pensar de Luiz Fernando Villares, o texto constitucional de 1988 representa “[...] uma escolha de relações e aspirações de uma sociedade em seu tempo histórico”, sendo que “[...] numa outra sociedade, que não a brasileira, o índio sequer é mencionado no respectivo ordenamento”, “[...] quando existe um tratamento legal específico dele, como nos demais países





americanos, as regras são diferentes das brasileiras, pois diversas foram e são as realidades que amparam a idealização feita pelo direito” (VILLARES 2009, p. 19). Já para Roberto Lemos dos Santos Filho a Constituição Federal de 1988, representou um marco importantíssimo no que refere-se ao direito constitucional indígena, a seguinte exerceu um papel de tamanha dimensão, que chegou posteriormente influência a concepção de inúmeras constituições da América Latina, como a da Colômbia em 1991, do México e Portugal em 1992, Peru em 1993 e Bolívia 1994.

Alexandre de Moraes traz a discussão acerca de quem é a competência para julgar os crimes cometidos contra a cultura indígena na esfera penal, uma vez que, segundo o autor os crimes de genocídio causado a partir do conflito de terras, envolvendo a figura do índio, é de competência da Justiça Federal julgá-los. Já quando se trava numa situação distinta da qual acabou-se de retratar anteriormente, no qual “[...] há a necessidade de proteção à vida do indivíduo enquanto integrante da comunidade indígena”, em que pese diferentes maneiras de homicídio praticado contra a pessoa do índio, a competência será exercida pela Justiça Estadual (MORAIS 2011, p. 883).

Kaku e Dorneles, ao comentar sobre a legislação indígena, em âmbito mundial, assevera que os povos indígenas, não são mencionados de forma direta na Carta das Nações Unidas e nem na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o mesmo se verifica na Convenção Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1976. Entretanto, o autor citado esclarece da importância dos seguintes diplomas jurídicos de caráter internacional, por se tratar de “[...] liberdades fundamentais; proibições discriminatórias raciais; direitos das minorias étnicas, religiosas e linguísticas”, formando de certa maneira um “conjunto de direitos e reconhecimentos”, que querendo ou não, acabam incidindo sobre a particularidade e coletividade dos que vivem no meio social (KAKU; DORNELES *in* SUSKI; DEL`OLMO [Orgs.], 2011, p. 239). É sabido, que no transcurso do ano de 2011, o Congresso Nacional, enquanto órgão regulamentador da matéria aprovou um novo Código Civil que, em relação ao Código Civil de 1916, ofereceu, segundo Kaku e Dorneles, “[...] um tratamento mais positivo aos índios” ao expressar, que qualquer, que seja o assunto referente a “[...] capacidade para a prática dos atos da vida civil deva ser matéria de lei específica”, não deixou, assim, qualquer referência à relativa capacidade dos índios, anteriormente positivada pelo Código Civil de 1916. Dessa forma, o novo Código exclui de vez o termo *silvícola* e pouco ou quase nada, fala em tutela (KAKU; DORNELES *in* SUSKI; DEL`OLMO [Orgs.], 2011, p. 239).

A questão indígena, como minoria, somente começou a ganhar preocupações, como tal, a partir dos anos de 1960, mas teve-se que transcorrer pouco mais de uma década, para que a própria Organização das Nações Unidas, providenciasse um estudo acerca da “[...] discriminação contra as populações indígenas”. Assim, houve a definição do que seria “[...] comunidades, povos ou nações indígenas”. Além de tais definições, chegou-se a criar Conferências e Grupos de Trabalhos Internacionais, que resultou em



inúmeros documentos jurídicos em favor dos índios, dos quais têm-se notícia atualmente (KAKU; DORNELES *in* SUSKI; DEL´OLMO [Orgs.], 2011, p. 240). A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas caracteriza-se por ser um passo essencial dado para “[...] o reconhecimento, promoção e proteção dos direitos e liberdades desse povos”, no que tange ao resultado do trabalho realizado pela ONU e aprovado, pela sua assembleia em 13/09/2007 (KAKU; DORNELES *in* SUSKI; DEL´OLMO [Orgs.], 2011, p. 240). Nessa linha a Organização Internacional do Trabalho (OIT), também tem ganhado respeitável notabilidade, quanto ao “[...] reconhecimento e defesa dos direitos dos indígenas”, quando versa sobre os índios trabalhadores (KAKU; DORNELES *in* SUSKI; DEL´OLMO [Orgs.], 2011, p. 240).

Sobre o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, do qual a ONU é signatária e o Brasil acabou efetuando sua adesão no transcorrer do ano de 1992, significa mencionar que este acha-se disposto em duas partes, ou seja, preâmbulo e dispositivos, no qual este último encontra-se dividido em seis partes, somando, cinquenta e três artigos (ONU, 1969). A primeira seção do referente Pacto é composta unicamente pelo primeiro artigo, em que de forma expressa consagra a autodeterminação dos povos, a liberdade para disposição de suas riquezas e recursos, a vedação da privação dos meios de subsistência e a coobrigação por parte dos Estados signatários do presente Pacto de promover “[...] o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito”. Na segunda seção há o comprometimento pelos Estados, em que outrora assinaram o Pacto, em respeitar e garantir os direitos de todas as pessoas que se encontrem sob seu território, não concordando que haja discriminação em decorrência de “[...] raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição” (ONU, 1969).

Em seu artigo 7º, o Pacto Internacional Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê uma expressa vedação da possibilidade de se submeter alguém “[...] a tortura, à penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”. Já o artigo 18, traz em seu bojo a permissão para todas as pessoas, poderem exercer como seu direito “[...] a liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, seja de forma pública ou particular, não havendo possibilidade de implantação de medidas coercitivas aos que da maioria pensam, diferente, quando da manifestação em outras linhas de pensamento, níveis de consciência e de crença. Ainda dispõem em seu artigo 27 que não se deve haver privação das “[...] minorias étnicas, religiosas ou linguísticas” ao que refere-se a sua “[...] vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua” (ONU, 1969).

Quando refletimos pela primeira vez sobre a influência da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que recebeu a adesão do Brasil, e assim entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, percebemos que a mesma foi criada com o intuito de consolidar “[...] um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem” (ONU, 1969).



Vale destacar que direitos essenciais das pessoas não se caracterizam por elas serem uma determinada localidade, isto é, de um Estado ou de determinada cultura, mas pelo contrário, são derivados do fato de possuir como fundamento os atributos que lhe são conferidos, por serem pessoa humana. Logo, não há nenhuma possibilidade de se atingir o ideal, isto é, o “[...] ser humano livre, isento do temor e da miséria”, se não forem criados mecanismos que “[...] permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”, seja essa pessoa indígena ou não indígena, descendente ou não descendente dos povos indígenas (ONU, 1969).

Diante dos diversos fatos levantados, pode-se afirmar que no âmbito da legislação, o Brasil faz muito pelas culturas indígenas, mas que na realidade, o povo ainda carrega muito preconceito para com estas culturas, como será visto na seção seguinte.

Através da Constituição Federal de 1988, foi possível proporcionar aos indígenas uma gama de garantias, isto é, de direitos que objetivam a preservação de suas culturas, frente ao projeto de contemporaneidade ou seja, o mundo globalizado atual, reminiscências da política liberal, que objetiva o Estado mínimo. Assim não havendo o bem estar social, finalidade última do Estado Democrático de Direito, os índios enquanto legítimos proprietários das terras brasileiras, estariam fadados ao pleno fracasso, uma vez que, as constituições anteriores não possuía dispositivos que lhes fornecessem as condições mínimas para a valorização da sua cultura (ANGELIN, GABATZ, 2012).

Percebe-se então que dentre estes direitos que acabou sendo positivado pelo legislador de 1988, estão: o direito à terra, do reconhecimento da identidade étnica, respeito a suas tradições, religiões e cultura e a faculdade de ingressar em juízo para defender seus direitos e interesses (BRASIL, 1988). A modernidade brasileira, na visão de Kaku e Dorneles, foi e é perpetuada por uma sistemática de autoritarismo, se assim for possível denomina-la, já que tal prática revela justamente o oposto, isto é, a anti-modernidade, pois opta por resistir a aceitação dos Direitos Humanos e Direitos de Cidadania, contribuindo perante aos povos indígenas, “[...] a continuação da barbárie, do descaso e do desrespeito para a dignidade de vida dessas gentes” (KAKU; DORNELES *in* SUSKI; DEL`OLMO [Orgs.], 2011, p. 251).

Com o passar dos anos, acabou-se concretizando inúmeros avanços no que dispõem a legislação sobre a matéria indígena, assim como a Constituição de 1988, o novo Código Civil e legislações internacionais, além é claro do Estatuto do Índio, que para os autores deve passar urgentemente por uma atualização no que visa a algumas questões já ultrapassadas. Mas assegurou com veemência que se faz imprescindível haver uma mudança, não somente nos atos praticados pela sociedade civil, como também da mentalidade desta, buscando reverter o germe autoritarista e preconceituoso que registra-se no seu dia-a-dia, no que refere-se aos povos indígenas (KAKU; DORNELES *in* SUSKI; DEL´OLMO [Orgs.], 2011, p. 251).



Vale ressaltar que o novo Estatuto do Índio, teve a sua aprovação atrasada, portanto ainda encontra-se tramitando no Congresso Nacional, porém tamanho desinteresse pela matéria, dá-se devido a dois fatores essenciais: a criação de óbices e decisões tomadas de forma protelatória que favoreçam os indígenas, medidas estas acordadas por grupos que pertencentes a sociedade, que não vislumbram do interesse das causas dos povos indígenas, já que vários parlamentares por serem fieis representantes de ideologia reacionárias, e dado a isso, possuem fortes ligações com o poder econômico ((KAKU; DORNELES *in* SUSKI; DEL'OLMO [Orgs.], 2011).

Segundo Angelin e Gabatz, a maneira com que os indígenas são vistos pela sociedade no qual encontram-se “inseridos”, acabou de ser um empecilho decisivo para influenciar o ordenamento jurídico brasileiro. Ainda sobre esta consequência gerada a partir do reconhecimento depreciativo dos povos indígenas, afirmam os autores que o Estado amparado por toda uma estrutura jurídica que lhe organize enquanto Estado, tanto politicamente como juridicamente, segue violando a dignidade humana dos indígenas. Aliás, Angelin e Gabatz salientam a magnitude da ponderação, que no seu haver deve existir frente ao debate entre a dignidade da pessoa humana e da dignidade humana diante do multiculturalismo, uma vez que são duas temáticas que se encontram presentes no cotidiano, além de exemplificar com o caso dos Direitos Humanos, que aos olhos do mundo ocidental recebem respeito, não podendo-se afirmar o mesmo com relação ao mundo oriental. Verifica-se também que, Angelin esboçam o pensamento na direção da revisão do que denominam de *valores culturais*, pois estes devem ser analisados novamente, mas com um porém, sob a égide da alteridade (ANGELIN; GABATZ, 2012).

Acerca desta completude que envolve a evolução cultural, o julgamento das culturas existenciais no planeta e a real proposta de alteridade, salienta Angelin e Gabatz:

Por estarem todas as culturas envolvidas umas com as outras, toda a humanidade é responsável pela evolução cultural de todos e todas. Porém, não nos compete, sob qualquer alegação de ordem econômica, cultural, religiosa, filosófica ou política, acreditar que exista uma cultura melhor, mais completa ou autêntica e diante disso, querer “ensinar” como cada grupo cultural deva se comportar diante do mundo e dos mais variados interesses. Uma postura de alteridade pressupõe o respeito às diferenças e, ao mesmo tempo, a capacidade para vislumbrar o que é contra a *dignidade humana*, ou o que é produto do próprio preconceito ou interesse pessoal (ANGELIN; GABATZ, 2012, p. 85).

Angelin e Gabatz apontam a alteridade como uma possibilidade efetiva para alcançar o respeito à dignidade indígena (ANGELIN; GABATZ, 2012).



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A falta de tolerância e respeito para com os indígenas se configurava nas próprias constituições brasileiras. A temática indígena no processo constitucional brasileiro embora demonstre, avanço se comparado às constituições anteriores a Constituição de 1988, ainda não alcançou o nível esperado de eficácia e reconhecimento. O desrespeito encontrado para com os povos indígenas na atualidade, muitas vezes pelo próprio Estado e outras pela própria população, põem em dúvida a eficácia normativa do sistema. O cerne da questão está, portanto, muito mais na falta de desenvolvimento prático ao que se encontra normativado no ordenamento jurídico brasileiro, do que na ausência de previsão constitucional e infraconstitucional.

Conclui-se que criaram-se normas e legislações específicas para proteger e garantir direitos aos indígenas, e inclui-los na sociedade atual. Como exemplo, se pode citar a Constituição Federal de 1988, que tem um capítulo específico para a proteção e garantia aos indígenas.

Porém, o que se percebe é que, muitas vezes não é aplicada esta legislação, e a diversidade cultural indígena segue sendo segregada, não havendo, assim, a aceitação da cultura por parte da sociedade que não é indígena. Isso vai contra o princípio constitucional do respeito à diversidade cultural. Cabe, portanto a sociedade brasileira avançar mais culturalmente do que juridicamente.

## REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela; GABATZ, Celso. Alteridade Indígena: A aceitação da diversidade na promoção da dignidade humana. In: **Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado – URI, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões**. V. 7, nº12, jan./jun. 2012.

BARRETO, Helder Girão. **Direito Indígenas – Vetores Constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

BERTASO, João Martins e LUNARDI, Luthianne Perin Ferreira. Cidadania e direitos humanos: o reconhecimento do outro no mundo intercultural. IN: HOMMERDING, Adalberto Narciso; ANGELIN, Rosângela [Orgs.]. **Diálogo e entendimento direito e multiculturalismo e políticas de cidadania e resoluções de conflito**. Rio de Janeiro. G/Z. 2013.

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

BRUM, Fabiano Prado de. **O índio no espaço público brasileiro e a política indigenista de inserção social: diálogo intercultural à luz do confronto entre os direitos positivados e os direitos consuetudinários**. 2008. 114p. Dissertação



(Mestrado em Direito), Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo – RS, 2008.

KAKU, William Smith; DORNELLES, Ederson Nadir Pires. Os índios brasileiros e os direitos humanos. In: DEL`OLMO, Florisbal de Souza; KAKU, William, Smith; SUSKI,

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, André Leonardo Copetti. A constituição multicultural. IN: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL`OLMO, Florisbal de Souza [Orgs.]. **Diálogo e entendimento direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro. Forense, 2009.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

TREIN, Hans Alfred [Org.]. **Uma ponte entre mundos: missão da IECLB entre Indígenas**. São Leopoldo: Oikos, 2010.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba. Juruá, 2009.



## PERSPECTIVA MORAL DAS LUTAS PELO RECONHECIMENTO DE HONNETH: UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM AS TEORIAS DA CONSCIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO MORAL DE JÜRGEN HABERMAS E LAWRENCE KOHLBERG

Daniel Mayer de Brum<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a comparação dos pontos divergentes e convergentes entre a teoria da luta pelo reconhecimento de Axel Honneth com os seis estágios de desenvolvimento moral de Lawrence Kohlberg. O estudo concentra-se no conceito de reificação, utilizado por Honneth, baseado na teoria de Karl Marx e adaptada por Lukács, tomando-o como fenômeno relacionado do desenvolvimento moral dos indivíduos. A correlação existente entre o desenvolvimento moral e o reconhecimento é analisada de forma a encontrar seus pontos em comum, e explicar o processo pelo qual os indivíduos reconhecem os demais, e o meio pelo qual esta relação forma um tipo de controle social. Compõe também a análise a teoria universalista da moral, que sustenta a existência de valores comuns aos indivíduos, e os fatores que podem influenciar na composição da moral individual.

**Palavras-chave:** Axel Honneth. Reificação. Luta pelo reconhecimento. Desenvolvimento moral. Lawrence Kohlberg.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A reificação<sup>2</sup> é o conceito central sobre o qual discorre Honneth em “La Reificación em Lukács”, que pode ajudar a integrar a compreensão também do reconhecimento a respeito do estudo em “Luta por Reconhecimento” do mesmo autor. Para melhor compreender estas formulações apresentadas por Honneth, são proveitosas as lições de Reinhard Kreckel<sup>3</sup>, a respeito dos diferentes *habitus* e sua tese da ideologia do desempenho, estudados em relação à sociedade brasileira por Jessé de Souza (2003).

Este autor, analisando as ideias de Kreckel e as comparando com as de Pierre Félix Bordieu<sup>4</sup>, assim conceitua os requisitos padrões que deveriam

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Brasileira de Tributação – FBT. Advogado.

<sup>2</sup> “Nada mais é do que o fato de que ‘uma relação entre pessoas [adquire] um caráter de coisidade’” (p. 23).

<sup>3</sup> Sociólogo alemão nascido em 1940, que formulou a teoria da “ideologia do desempenho”.

<sup>4</sup> Sociólogo francês nascido em 1930, trabalhou a questão da dominação, utilizando da teoria de esferas de Marx Weber e classes sociais de Karl Marx.



possuir todos os cidadãos para que pudessem compartilhar da mesma gama de direitos dos demais e exercer sua cidadania: “(...) características disciplinadoras, plásticas e adaptativas básicas para o exercício das funções produtivas no contexto do capitalismo moderno” (p. 174).

O conceito acima delineado é o de *habitus* primário. Para cima deste está o secundário, que representa o “gosto” da classe dominante e, para baixo, o precário, que possuem aqueles que não compartilham da dignidade básica que possibilita aos outros cidadãos os considerarem.

Esta classe de pessoas fora do sistema pode ser chamada de uma camada em permanente estado de exceção, pois apesar de existir um sistema que, em tese, os concederia a igualdade perante os demais membros da mesma sociedade, não podem alcançá-la, porque não possuem o *status* mínimo, de “gente”, para que possam usufruir dos direitos que lhe são inerentes como cidadãos. Esta é uma crítica que faz Luís Alberto Warat (WARAT, 2010, p. 82) aos célebres doutrinadores que dissertam sobre o estado de exceção:

O pai do garantismo pressupõe a possibilidade de tutelar os direitos fundamentais, fixar garantias para que esses direitos fundamentais não se transformem em um a folha de papel. Porém, essas garantias são obtidas por meio de atos de coerção que funcionam como uma exceção, Prozac para classe média. Os setores da alta vulnerabilidade foram antecipadamente alçados a um permanente estado de exceção.

Segundo Warat, a igualdade pode ser concedida formalmente, mas não ser transportada ao mundo material, onde há excluídos do sistema. Tal fenômeno se dá, segundo Jessé de Souza, em razão de um acordo que permeia a sociedade a respeito de quem é digno que reconhecimento, por adequar-se aos padrões do sistema produtivo, e quem é considerado menos “gente” ou “subgente”, por não reunir as condições sociais mínimas para ser reconhecido.

#### A REIFICAÇÃO E A MORAL

O efeito nefasto da falta de respeito social – utilizando de outro termo da doutrina – é a reificação, que põe sobre os atores sociais um véu que os impede de ver os outros semelhantes como pessoas, mas passam a ser coadjuvantes da vida de um único “Eu”<sup>5</sup>: a própria pessoa. Outra consequência da reificação é falta de consciência da real posição social em que figura a própria pessoa, pois para si, geralmente possui uma personalidade distinta, como consequência de uma tecnologia social que ao mesmo tempo é instrumento de controle e apaziguadora das tensões internas nos indivíduos.

Este é um efeito interessante dos discursos que analisam a exclusão social e as lutas por reconhecimento. Aqueles que, supostamente, estudam os

<sup>5</sup> Segundo Freüd, é a instância interna portadora de consciência, o conhecimento que o indivíduo tem sobre si próprio.





cidadãos no estado de exceção ou detentores de uma cidadania básica, nunca neles se incluem, mas partem da premissa de serem parte do conjunto da classe vencedora, que estabelecem a “personalidade distinta”, nas palavras de Bordieu, o autor que, transcrito por Jessé de Souza (SOUZA, 2003, p. 173), conceitua mencionado fenômeno da seguinte forma:

“(...) uma personalidade que aparece como resultado de qualidades inatas e como expressão de harmonia e beleza e da reconciliação de razão e sensibilidade, a definição do indivíduo perfeito e acabado. As lutas entre as diversas frações de classe se dão, precisamente, pela determinação da versão socialmente hegemônica do que é uma personalidade distinta e superior.”

O mesmo ocorre com os cidadãos em geral, detentores da imputabilidade moral básica que, em decorrência do processo de reificação, passam a adotar postura egoísta perante os demais, o que estimula a percepção da própria existência como distinta, ainda que não seja. O quadro descrito pode ser muito bem observado na sociedade brasileira, em que o anseio por padronização de um comportamento espelhado no mundo ocidental é veemente, embora a maior parte da população, que anseia por assemelhar-se a esta figura, possua pouco ou nenhum *status*.

Isto em razão de que a realidade do brasileiro em geral pode ser incluída no *habitus* primário, embora ainda muitos figurem no *habitus* precário, nem mesmo obtendo o reconhecimento como sujeitos detentores de direitos. É consequência do desenvolvimento social a escalada dos atores sociais em direção ao *habitus* primário, sendo que somente alguns poucos alcançam o secundário, restrito à camada da população “vencedora” nas lutas pelo reconhecimento.

Além da perspectiva de terceiro imparcial que tomam os doutrinadores a respeito das teorias estudadas, também nos textos que tratam do assunto, o reconhecimento é amplamente debatido a partir da perspectiva externa e social quando, segundo alguns autores, se poderia partir da explicação psíquica de tal comportamento. É o que intentam Lawrence Kohlberg e Robert Selman por meio da psicologia social, trabalhos que são comentados por Jürgen Habermas na obra “Moral Consciouness and Communicative Action” de 1985.

As lutas por reconhecimento pressupõem a existência de uma gradação mais elevada deste reconhecimento que seja digno de se lutar por. Os autores, em geral, conceituam de forma simplificada três estágios desta evolução. O primeiro seria o indivíduo não reconhecido, que possui potencial político, ou é detentor de uma *bios*<sup>6</sup> para os gregos, mas que não a exerce; a segunda seria a identificação comum entre pessoas de seus semelhantes como detentores de direitos e dignos de uma vida em iguais condições à sua; e o terceiro a consolidação de um modo de ser reconhecido como preponderante em relação aos outros estratos.

<sup>6</sup> Forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo, vida qualificada nascida em vista do viver, mas existente essencialmente em vista do viver bem.



Se as relações sociais são, então, como refere Jessé de Souza (2003), *fiéis invisíveis*, a questão do reconhecimento deveria ser investigada no âmbito psicológico, através do desenvolvimento moral dos cidadãos, relacionado também ao crescimento de estágios de relacionamento, melhor observados em crianças. Não nascemos seres sociais, mas nos tornamos através de evolução temporal gradual, através da qual internalizamos essa dimensão ultrajurídica de respeito social compartilhado, como refere o mesmo autor:

O que liga essas intencionalidades individuais de forma subliminar e que conduz ao acordo implícito entre elas é o fato objetivo e ancorado institucionalmente do não valor humano, posto que é precisamente o valor diferencial entre os seres humanos que está atualizado de forma inarticulada em todas as nossas práticas institucionais e sociais, do atropelado.

Segundo a teoria da reciprocidade social de Robert Selman, também analisada por Habermas (HABERMAS, 1990, p. 142), e embasada, dentre outras, nas lições de Piaget, o primeiro estágio da criança, de 5 a 9 anos, lhe confere apenas a capacidade de diferenciar sentimentos externos naturais e psicológicos. No segundo estágio desta mesma idade, o infante já é capaz de diferenciar o próprio Eu dos demais. Porém esta compreensão é apenas em um sentido, acreditando ela ser capaz de entender o subjetivo alheio apenas pela observação.

Posteriormente, entre 7 e 12 anos é que o ser humano alcança o segundo nível de interação, de reciprocidade, e é capaz de certo nível de abstração que lhe confere a habilidade de colocar-se no lugar dos demais e imaginar-se como sendo outro “Eu”, momento a partir do qual também desenvolve o “Superego”<sup>7</sup>. Deste estágio em diante é que o reconhecimento de terceira pessoa torna-se possível, pois o ser humano deixou de ser individualista e passa a avaliar o comportamento alheio por sua própria formação e experiências.

O processo de reificação, portanto, assemelha-se a um retrocesso ao primeiro estágio de desenvolvimento da criança, onde esta não tem capacidade de distinguir o outro em relação a si mesmo, como outro “Eu”, e não somente como um reflexo de si mesmo. A começar pelo conceito de Honneth (HONNETH, 2007, p. 17) a respeito da reificação, ele assim o descreve:

“(...) significa um comportamento humano que infringe nossos princípios morais ou éticos em razão de que os sujeitos não são tratados de acordo com suas qualidades humanas, mas como objetos insensíveis, inertes, ou melhor, como ‘coisas’ ou ‘mercadorias’ (...)” (tradução do autor).

<sup>7</sup> É a parte moral psique e representa os valores da sociedade e divide-se em dois subsistemas: o ego ideal, que dita o bem a ser procurado e a consciência moral, que determina o mal a ser evitado.



Na mesma obra Honneth (HONNETH, 2007, p. 27) compara seu entendimento pelo conceito trazido por Lukács da reificação, e assim refere:

Segundo Lukács, tanto os objetos como as pessoas ou as próprias competições e sentimentos, indistintamente, são experimentados como objetos coisificados e logo são considerados em relação à sua capacidade de serem aproveitados em transações comerciais (tradução do autor).

A definição trazida acima se parece muito àquela dada por Kohlberg ao segundo estágio de desenvolvimento da moral, quando os indivíduos reconhecem os outros atores sociais somente de uma forma individualista, egoísta por assim dizer, agindo da forma considerada correta apenas em razão de que é necessário agir daquela forma para preservar os próprios interesses. Adotando tal comportamento, os demais o farão de forma recíproca e assim a vontade do próprio “Eu” será conservada, como explica Habermas, comentando os estágios de teoria de Kohlberg (KOHLBERG, 1990, p. 123):

*Nível 2*, o nível da instrumentação individual de objetivo e trocas

1. O certo é seguir as regras quando é para o melhor interesse próprio. Certo é agir de encontro aos próprios interesses e necessidades e deixar que outros façam o mesmo. Certo é também o que é justo; quer dizer, o que é uma troca igual, um negócio, um acordo.

2. A razão para fazer o que é certo é para servir às necessidades ou interesses próprios em um mundo onde a pessoa deve reconhecer que as outras pessoas também têm os seus interesses (tradução do autor).

A reificação somente não é de fato um retrocesso moral ao segundo estágio da teoria de Kohlberg porque nesta o ator social reconhece a existência de interesses para além dos seus, enquanto naquela o outro assume papel impessoal, de instrumento de manobra. Apesar disto, a relação entre as teorias do reconhecimento e o desenvolvimento moral é notável. Se, em termos gerais, a sociedade atua como uma massa conjunta, podendo ser operada por instrumentos de controle social, o psíquico destes indivíduos integrantes do todo é o ponto de partida para entender o fenômeno.

A relação hierárquica que possui a luta pelo reconhecimento, desde as pessoas desprovidas de dignidade, até a personalidade distinta, coloca em pauta a possível correlação da escala de consciência moral dos indivíduos com o crescimento do reconhecimento e se um seria pressuposto do outro. O que pode permitir que se relacione esta escala com o desenvolvimento da capacidade de julgamento moral proposta por Kohlberg.

Este autor sustenta a existência de seis níveis de raciocínio moral: no primeiro estágio o indivíduo obedece às normas em razão do medo de punição; no segundo estágio movido por interesses pessoais; no terceiro nível, onde começa a interação social, molda seu comportamento pelo que é esperado dele pela sociedade; no quarto nível age de acordo com a convenção do



sistema de normas e sua manutenção; no quinto estágio, onde é transcendida a ordem local em favor de conhecimentos universais, o indivíduo é motivado por princípios éticos e morais ao invés de regras sociais; e por fim, no sexto estágio a pessoa é capaz de avaliar a validade das normas em relação aos princípios universais de moralidade.

Ainda, os níveis de consciência moral são classificados em três outros: pré-convencional (1 e 2), convencional (3 e 4) e pós convencional (5 e 6). De acordo com o estágio em que o indivíduo se encontra será ele capaz de decidir acerca de dilemas morais que se apresentam na convivência em sociedade. A evolução é contínua, mas uma vez que a pessoa alcance um nível superior, pode avaliar os demais de forma a harmonizá-los entre si, como refere Habermas (HABERMAS, 2007, p. 125):

(...) desenvolvimento moral como um processo de aprendizagem em que os estágios mais elevados devem ser capazes de explicar como e de que maneira os julgamentos morais que ele considerou válidos no estágio precedente estavam incorretos (...) provém de uma reorganização criativa de um inventário cognitivo pré-existente (tradução do autor).

Portanto, relacionando tais premissas com o reconhecimento, se pode dizer que a partir do terceiro estágio de consciência moral, em que o “Eu” reconhece a existência de outros semelhantes e adéqua seu comportamento ao que seria esperado por eles, já está pressuposta a reciprocidade da relação e a pacificação da existência de igualdade entre os sujeitos que interagem. Torna-se evidente que a exclusão social de seres humanos que vivem em constante estado de exceção é relacionada com os mais baixos níveis de consciência moral na escala proposta por Kohlberg.

No entanto, segundo o mesmo autor, a consciência que deriva propriamente das normas só irá se desenvolver a partir do terceiro estágio, chamado da consciência do “bom menino”, que age como a sociedade espera que o faça. O ápice da moralidade legal somente é alcançado no quarto estágio, em que o indivíduo age de acordo com bem do sistema, da manutenção da ordem em que está inserido. Nas palavras de Kohlberg (KOHLBERG, 1990, p.123)

O que é certo é cumprir os deveres aos quais cada um concordou. As leis são para serem cumpridas exceto em casos extremos onde elas conflitam com outros deveres sociais e direitos” (tradução autor).

Resta indagar-se a respeito do motivo para adstrição dos indivíduos ao segundo nível de consciência moral, que não lhes permite manter relações sociais plenas, que não aquelas baseadas nos próprios interesses e movida pela única e exclusiva satisfação pessoal. A reificação poderia ser apontada com contribuinte de mencionada situação, eis que o tratamento como objeto de um ser humano é motivado, *a priori*, como pressuposto para sua manipulação em prol da plenitude do desejo daquele que o coisificou.



Este enlace entre as teorias que se apresentam, de Honneth e Kohlberg, é abrandado quando da análise da obediência por parte da primeira. Isto em razão de que ela pressupõe a consciência do indivíduo de si mesmo sujeito de direitos para que possa haver a sujeição ao sistema normativo, enquanto que para o segundo basta que esta pessoa possua o primeiro estágio de consciência moral, qual seja, o medo da punição, para que o sistema possa exercer sua coerção sobre aquele indivíduo. A divergência fica clara no que diz respeito ao modo pela qual se implementa a obediência no entendimento de Honneth (HONNETH, 2007, p. 188), que assim descreve:

(...) se uma ordem jurídica pode ser considerada justificada e, por conseguinte, contar com a disposição individual para a obediência somente na medida em que ela é capaz de reportar-se, em princípio, ao assentimento livre de todos os indivíduos incluídos nela, então é preciso supor nesses sujeitos de direito a capacidade de decidir racionalmente, com autonomia individual, sobre questões morais.

A comparação desta concepção acima, de necessidade de uma evolução contínua do reconhecimento e desenvolvimento de consciência moral para aceitação da ordem e obediência, em comparação à escala de Kohlberg, figura na medida em que há um retrocesso moral no processo de reificação. Esta retira os indivíduos de um estágio de reconhecimento de si e dos outros e os coloca no estágio pré-convencional moral, em que estes avaliam somente o proveito próprio que poderia advir de seus semelhantes, em conjunto com o afastamento do desprazer, procurando evitar a punição pelo descumprimento da ordem.

Assim, a universalização do reconhecimento, como instrumento de controle social já não se justifica, pois podemos perceber que a partir do primeiro estágio de consciência moral, onde grande parte da sociedade pós-moderna se encontra, em decorrência do processo de reificação, não prejudica a manutenção do sistema posto. Somente alteram-se os motivos pelos quais os indivíduos acatam as diretrizes que emanam da ordem social.

Em oposição à prescindibilidade do reconhecimento, as teorias do controle social nos trazem, desde logo, a conclusão lógica que há um elemento psicológico coletivo, ou pelo menos um efeito geral sobre os indivíduos causados por um comando exterior aos indivíduos, seja a implementação de um sistema de produção, seja a internalização de uma ideologia. Este sim um conceito a ser considerado no estudo a respeito das formas de obediência.

O que é certo e errado, na ampla maior parte da população é incutido através de elementos externos, principalmente opiniões e costumes sociais. Os comportamentos que se pretende incentivar são destaque no âmbito social por reações de incentivo, enquanto que aqueles não queridos são objeto de reprovação e crítica generalizada.

Tal fenômeno é curioso e indica a existência de uma moral coletiva, que molda os cidadãos de acordo com um padrão de comportamento generalizado, proveniente de fatores externos, mas que altera o psicológico de um indivíduo de maneira que tal coisa passa a ser parte de si, como se fosse por ele criada.



Este episódio foi identificado por Peter McLaren, quando refere o seguinte (MCLAREN, 2000, p. 80):

(...) as normas e proibições instituídas no interior de tecnologias culturais e sociais, estão embutidas no inconsciente de maneira que se manifestam não apenas como 'desejos pessoais', mas, em uma complexa e imprevisível dinâmica de desejo, culpa, ansiedade, e deslocamento. Os sujeitos têm desejos que eles não querem ter; eles os rejeitam sob o custo de culpa e ansiedade.

A luta pelo reconhecimento então, poderia ser equiparada à busca pelo *habitus* secundário, com a internalização da moral predominante socialmente. Uma vez internalizada a moral, passa ela a ser componente integrante da formação psíquica do indivíduo que, além de compartilhar da igualdade com os outros membros da sociedade, ainda se torna instrumento de manutenção e perpetuação da ordem moral estabelecida.

O desenvolvimento moral, no entanto, de acordo com a teoria de Kohlberg estrutura-se de forma hierárquica e sistêmica, pois evolui em complexidade de nível em nível, ao mesmo tempo em que possui diversos âmbitos de acordo com o assunto a ser analisado pelo indivíduo. Desta forma, os níveis morais mais desenvolvidos terão mais peso nas decisões das pessoas, mas sem que aqueles primários sejam excluídos, levando-os em consideração como um substrato aditivo para tomada de decisões morais.

Tal consideração traz à baila a indagação a respeito da existência de uma moral universal, o que para Kohlberg é possível. Trata-se, para o autor, dos níveis 5 e 6 do desenvolvimento, em que o indivíduo, além de pautar-se pelos ditames dos diversos sistemas do qual faz parte, ainda é capaz de criticá-los e atestar a sua equidade. No entanto, os parâmetros de análise seriam naturais do avanço no conhecimento moral de qualquer pessoa.

Esta ideia de uma moral transcendente, assemelhada a noções da teoria jusnaturalista, parece ela própria parte integrante um instrumento de controle social, ou proveniente de um escritor de *habitus* secundário, que tentar promover o "justo" das camadas dominantes. Reforça tal consideração o histórico de Lawrence Kohlberg, o proponente da teoria, um psicólogo estadunidense, natural de Nova Iorque e professor em Harvard.

Ainda que a ideia de um padrão comportamental universal, que indicaria ao indivíduo o moralmente aceitável para qualquer pessoa, seja difícil a ser composta e explicada, já foi utilizada por muitos autores de renome, como Immanuel Kant, que trouxe o conceito de "imperativo categórico". Para Kant é possível que, abstraindo-se das necessidades naturais, e apenas com o uso da razão inerente a qualquer ser humano, seja possível alcançar a resposta para toda decisão a ser tomada, da forma moralmente indicada.

Ao constituir esta teoria, Kant coloca a humanidade como valor supremo para as escolhas racionais. Toda ação deveria ser tomada tendo em vista o resguardo da vida dos seres humanos, como afirma o autor (KANT, 1785, p. 428-429):



Eu digo que o homem, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não meramente como um meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade. (...) Aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim.

A teoria acima parece ter-se adequado bem ao período da modernidade, em que o homem ainda era tido como centro do universo e ser supremo nas relações sociais. Porém, atualmente, o meio ambiente natural tem adquirido tanta importância que uma ação moral não pode ser somente dirigida aos fins humanos, mas é necessário se considerar todo o meio em que este está inserido, o que indica que a moral pode sofrer alterações no decorrer do tempo.

Retomando os ensinamentos de Kohlberg, sustenta ele que a existência de uma moral universal significa que não se poderia inculcar qualquer tipo de valores morais a um indivíduo, sejam eles bons ou ruins, em relação a estes princípios. Em sentido oposto, é a história comentada por Marion Minerbo (MINERBO, 2007, p. 347), após transcrever trecho de “A filosofia na alcova” de Sade:

A educação na alcova é um sucesso. Eugênia passa a acreditar tão sinceramente no Diabo quanto antes acreditava em Deus. Agora, a virtude é um mal a ser combatido e ser prostituta é uma honra. Tudo indica que estamos diante de um caso exemplar de corrupção da juventude. Castidade, pureza e virtudes – aqui, sinônimas de integridade moral – foram transformadas em seu exato oposto: devassidão, maldade e libertinagem. É exatamente o que o *senso comum* – que, qualifica, descreve e se detém das aparências – entende por corrupção dos valores morais.

Acima se traduz a ideia de que a moral é construída a partir dos conceitos que são proveitosos para a sociedade reproduzir, ou que foram moldados pelo Estado ou pela religião no decorrer do tempo, para que a sociedade fosse mais suscetível a servir aos fins a que estas instituições almejam. A conduta moralmente aceita é aquela que foi internalizada pela pessoa como sendo parte do sistema de normas e que está estampada no psíquico como diretriz do sistema pré-convencional e convencional de Kohlberg.

Integrando este conceito de valores morais com a reificação proposta por Lukács e analisada por Honneth, necessário atentar para o fato de que Kohlberg não considera a reificação uma prática moralmente errada, pois para isto lhe falta a intenção de fazê-lo. Tanto se tornou usual para Eugênia, no conta acima, adorar ao Diabo, quanto é para as pessoas socializadas no sistema capitalista praticar a reificação, como explica Honneth (HONNETH, 2007, p. 27):

(...) a reificação em Lukács tampouco pode ser concebida como uma classe de conduta errada moralmente, como uma quebra de princípios morais, porque para isto lhe falta uma semelhante postura



destrorcida o elemento da intenção subjetiva, necessário para aplicar uma terminologia moral (...) todos os membros das sociedades capitalistas socializaram-se da mesma maneira no sistema de conduta reificante, de modo que o tratamento instrumental do outro representa, em primeiro lugar, um feito social e não um problema moral (tradução do autor).

No entanto, ainda que a moral possa ser adequada ao ambiente de desenvolvimento da pessoa, Kohlberg reconhece que uma “comunidade justa” é aquela em que todos os membros têm a sensação dela pertencer, o que não é possibilitado pelo modelo capitalista, que tem como consequência a reificação. O autor explicita – baseado em experimentos reais conduzidos em escolas americanas<sup>8</sup> – que se houvesse reconhecimento mútuo dos integrantes de um grupo, que trabalhassem de acordo com os mesmos princípios morais e sem uma ordem de hierarquia imposta, poderia haver uma democratização da sociedade, desestimulando, por consequência, a reificação (BIAGGIO, 2006, p. 50):

Numa comunidade democrática, professores e alunos são membros iguais, com os mesmos direitos e privilégios. Eles têm um projeto em comum, a construção de uma comunidade justa, que envolve criar regras que achem necessárias para tal. Em consequência dessa igualdade, os professores devem estar dispostos a trabalhar de acordo com os procedimentos democráticos da comunidade e a submeter-se à suas decisões.

Uma sociedade estruturada desta forma, como organizado o experimento de Kohlberg, poderia estimular a erradicação da reificação, pois tal modelo encoraja o desenvolvimento moral do indivíduo, fazendo com que abandone os estágios iniciais do desenvolvimento moral, onde ocorre o fenômeno pernicioso estudado por Honneth. Somente com o desenvolvimento moral da pessoa é possível que haja transformação social capaz de alçar todos a um nível de reconhecimento digno.

Isto não significa dizer, necessariamente, que haja um moral universal, mas que ela pode ser trabalhada para lapidar as decisões do indivíduo alinhado com aquilo que seria melhor tanto para si como para o grupo em que vive. Tanto é assim que há autores que sustentam que a cultura de cada povo tem grande influência sobre a moral, como Richard Schweder (BIAGGIO, 2006, p. 70), estudioso que assim afirma:

Como antropólogo, para ele a cultura é a grande variável a explicar o comportamento humano. A moral é cultural e arbitrária (...) na Índia, os participantes não distinguem transgressões

<sup>8</sup> Nas décadas de 1960 e 1970, começaram a surgir escolas alternativas que refletiam temas de protesto nos Estados Unidos. Em 1974, um grupo de pais e professores pediu a Kohlberg, que vinha procurando uma oportunidade desse tipo, aceitou o encargo e foi criada a escola alternativa conhecida como Cluster School (...) todas as questões de regras e manutenção de regras eram decididas por meio de discussões e predominava o voto da maioria – todos, alunos e professores, tinham um voto cada um. (BIAGGIO, 2006, p. 49).





socioconvencionais das morais, por exemplo, considerando tão grave uma viúva comer um peixe quanto machucar uma criança, empurrando-a do balanço.

Não se pode dizer tampouco que isto, o desenvolvimento moral, dependa de uma educação tradicional, pois como se vê, trata-se de uma questão mais de constituição do indivíduo do que de capacidade cognitiva.

É necessário que o ser humano possa aprender a pensar e decidir por si qual a decisão mais adequada moralmente nos dilemas cotidianos, o que levará a uma repetição de ações morais estimulantes da comunidade democrática, onde todos se sentem parte do sistema, como refere Angela Biaggio, sintetizando as ideias sobre Kohlberg (BIAGGIO, 2006, p. 61):

Pelo que foi exposto até agora, fica fácil deduzir que os níveis mais altos de julgamento moral (pensamento pós-convencional) são essenciais à transformação social. Somente indivíduos que tenha adquirido a capacidade crítica de questionamento do *status quo* e das leis vigentes são capazes de atuar como líderes e agentes da transformação social.

Ainda que não se compartilhe do universalismo – teoria que acredita em uma moral universal, da qual participam Kant, Piaget e Kohlberg – é intuitiva a existência de valores comuns aos seres humanos, seja qual for sua cultura. Se partir-se desta premissa, pode se dizer possível combater a reificação baseado no estímulo ao desenvolvimento moral, ainda que a moral em si não seja rígida, mas compartilhada apenas em alguns aspectos entre as pessoas. Angela Biaggio traz conclusão pertinente a respeito do assunto (BIAGGIO, 2006, p. 76):

(...) parece haver suficiente evidência de que a sequência de estágios é universal e de que há um cerne de valores universais, tais como o não prejudicar outrem, a lealdade, o cumprimento de promessas e o respeito à vida humana. A cultura atua como um fator modulador, acentuando alguns valores e tipos de raciocínio moral aqui, diminuindo a intensidade de outros ali, porém sem anular uma essência humana comum.

A reificação parece fazer parte desta modulação exercida pela cultura, que atualmente é predominantemente capitalista, modelo que incentiva a mercantilização dos objetos, e que acabou por “coisificar” também o ser humano. Significa dizer que o fenômeno é capaz de sofrer os efeitos de uma evolução moral, que poderia ser substituída por outro padrão de moralidade efêmero e com efeito negativo, ou pela evolução moral das pessoas como um todo, fenômeno este muito mais complexo e árduo a ser imaginado em curto prazo.

Como se pode ver, a reificação ao mesmo tempo em que pode ser explicada pelos estágios de desenvolvimento moral de Kohlberg, também tangencia a moralidade, pois a conduta reificante se consolidou como parte da cultura e do sistema de normas, que são internalizados pela pessoa. Desta



forma, é íntima a relação entre moral e reconhecimento, seja como teoria para compreensão das lutas de classe, seja pela indiferença que as pessoas têm quanto à infringência das condutas reificantes à atual moralidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta por reconhecimento de Honneth e o conceito de reificação que ele muito bem integrou em sua teoria são capazes de abarcar grande parte dos fenômenos sociais relativos à estratificação da sociedade e os efeitos que decorrem deste fenômeno. Sem embargo, prescindem tais considerações de uma percepção mais aprofundada e bem analisada do conceito e classificações da moralidade, utilizados frequentemente como substrato para a explicação das ideias do autor.

Esta base complementar pode ser concedida pelas lições de Jürgen Habermas e Lawrence Kohlberg, que examinam pormenorizadamente as nuances da moralidade humana, de um ponto de vista mais psicológico do que propriamente social. Seguindo a esteira da argumentação de Warat, em “A Rua Grita Dionísio!”, o direito, assim como a sociologia, necessitam da interdisciplinaridade como instrumento de compreensão de fenômenos que escapam as suas dimensões de conhecimento.

O acordo tácito ínsito a toda sociedade, que estabelece silenciosamente relações hierárquicas, muito bem definida por Jessé de Souza como *fiões invisíveis*, é parte integrante dos critérios classificadores das classes sociais propostas por Karl Marx. Ainda que este autor tenha colocado o sistema produtivo como parâmetro para a distribuição de *status*, não se pode negar que a esfera psíquica individual e coletiva tem expressiva relevância no papel de cada ator social.

A complexidade da matéria, no entanto, não permite que se examine profundamente a correlação entre moral e reconhecimento, mas desta breve análise pode-se evidenciar que o nível de desenvolvimento da primeira influencia diretamente no segundo. Resgatando o conceito com o qual se encetou, de reificação, tem-se que tal fenômeno é uma clara distorção dos indivíduos que compõe a sociedade capitalista, que acabaram por internalizar este conceito moral do sistema produtivo como parte integrante da sua personalidade.

Não significa dizer, no entanto, que esta aderência da reificação à moral seja definitiva, mas como se disse, é fenômeno que decorre da modulação de efeitos procedida pela cultura. Se esta moral, maculada por aspecto negativo do atual modelo de produção não é universal, ou se poderá ser expurgada da constituição das pessoas através do desenvolvimento através dos estágios de Kohlberg, depende da concepção que se tem sobre o conceito de moral.

A teoria universalista, compartilhada por Kohlberg e Kant, nos ensina que tal fenômeno é uma anomalia causada pelo baixo desenvolvimento moral, que será expurgado com a evolução desta característica pessoa. Partindo desta premissa, é necessário o crescimento moral, realizado pela escalada de estágios morais, para que a reificação deixe de ser observada na sociedade.



## REFERÊNCIAS

BIAGGIO, Angela. **Laurence Kohlberg, Ética e Educação Moral**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Moral Consciouness and Communicative Action**. Massachusetts: Polity Press, 1990.

HONNETHH, Axel. **Reificación, un estudio en la teoría del roconocimiento**. Buenos Aires: Katz, 2007.

KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Nova York: Harper Torchbooks, edição 1964.

KOHLBERG, Lawrence. **A Reply to Owen Flanagan**. Ethics: 1982, em *Essays on Moral Development apud* HABERMAS, 2007.

MCLAREN, Peter. **Multiculturalismo Crítico**. São Paulo: Cortez, 2000.

MINERBO, Marion. **A Lógica da Corrupção: Um olhar Psicanalítico**. São Paulo: Novos estudos – CEBRAP, 2007.

SELMAN, Robert. **The Growth of Interpersonal Understanding**. Stuttgart: 1976 *apud* HABERMAS, 2007.

SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.<sup>9</sup>



## **ALIENAÇÃO PARENTAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIENADOR E O CARÁTER PUNITIVO PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS<sup>1</sup>**

Juliane Quaresma Obregon<sup>2</sup>  
Laurindo Adão G. Souza<sup>3</sup>  
Linha II<sup>4</sup>

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho visa relatar acerca do caráter punitivo pedagógico das indenizações por dano moral decorrentes de alienação parental. Aborda a necessidade de reparação aos direitos da personalidade através da responsabilização do alienador, garantindo o melhor interesse da criança e, enfrentando a problematização se este é instrumento hábil para coibir novos atos de alienação. Para tanto, em um primeiro momento trabalha com as dificuldades enfrentadas na constatação dos atos, indo de encontro com entendimento jurisprudencial, e, por fim, meios eficazes para solucionar o problema diante do caráter punitivo e/ou pedagógico da indenização por danos morais. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método dedutivo em conjunto com o procedimento monográfico e bibliográfico.

### **1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIENADOR**

O presente estudo possui como base a instituição familiar, logo, é possível observar a carência de políticas públicas direcionadas à preservação da instituição familiar, que em situações de conflito e fragilidade não encontram amparo social e, culminado a outros fatores, acabam de maneira degradante com relações parentais cerceadas por abuso de afeto.

Toda família apresenta ciclos de vida únicos, os quais precisariam se firmar em estruturas que lhes fizessem ser capazes de funcionar enquanto um todo. No entanto, quando este princípio não é efetivado, entre suas consequências está, claramente, a alienação parental que merece cuidado do Poder Judiciário tanto quanto ao diagnóstico como à responsabilização.

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido como requisito para a conclusão do Curso de Direito, titulado como “O Caráter Punitivo Pedagógico das Indenizações por Dano Moral Decorrente da Alienação Parental”, orientado pelo Prof. Me. Eduardo Meyer Mendes, do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)- Campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Graduanda do 10º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus Santo Ângelo-RS*, E-mail: ju.obregon@hotmail.com

<sup>3</sup> Graduando do 10º semestre no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus Santo Ângelo-RS*, E-mail: laurindo-souza@brigadamilitar.rs.gov.br

<sup>4</sup> Linha II – Políticas de Cidadania e resolução de conflitos.



## 2 DIFICULDADES ENFRENTADAS NA CONSTATAÇÃO DE ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Os atos de alienação parental impedem que o menor cresça de maneira saudável em um vínculo familiar que possibilite pleno desenvolvimento. A julgar que a criança ainda não possui capacidade de discernimento para escolher e compreender sobre o afastamento, sua integridade e personalidade acabam sendo afetadas.

Diante da construção desse caminho de pesquisa, reflete-se nas palavras de Carlos Drummond de Andrade:

A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil. E os dois meios perfis não coincidiam. Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta. Chegaram a um lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos. Era dividida em duas metades diferentes uma da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. As duas eram totalmente belas. Mas carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia (DRUMMOND, 2002).

Frente à gravidade da alienação parental e por se tratar de algo que está ganhando espaço do ordenamento jurídico há pouco tempo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda enfrenta dificuldades na hora de diagnosticar a criança/adolescente vítima do alienador, como estabelecer responsabilização civil pelo dano causado. No entanto, é preciso rapidez ao constatar a interferência na formação psicológica do menor, promovida por um dos genitores, ou quem quer tenha autoridade sobre o menor, em razão de seus efeitos serem destruidores.

A formação da criança enquanto indivíduo parte de um processo complexo de valores oferecidos por ambos os genitores, familiares, cultura e sociedade que o cercam. Não possuir garantia e proteção para o desenvolvimento saudável da personalidade é ato desumano, assim, o artigo 18 do ECA, “[...] é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1990, sp).

A segurança do vínculo familiar é premissa maior ao analisar a ocorrência de alienação parental, a fim de estabelecer o melhor interesse da criança que em situação de fragilidade não possui capacidade de compreensão e defesa. Para Analicia Martins de Sousa, ainda há muito a ser observado neste sentido:

[...] no cenário nacional, apesar do crescente número de separações conjugais, as mudanças no campo social, jurídico e legislativo, que, entende-se, deveriam acompanhar tal fenômeno, são ainda muito lentas e insuficientes de modo a derem suporte às famílias para que possam manter preservadas as relações parentais (SOUSA, p.31, 2009).



Maria Berenice Dias, fala sobre a urgência das demandas que envolvem famílias “[...] as peculiaridades individuais de cada processo exigem tutela diferenciada [...] para dar efetividade à temática familiarista” (DIAS, p.75, 2016).

Neste contexto, surge a construção do raciocínio de que é fundamental a necessidade da evolução de projetos sociais, políticas públicas e do poder judiciário, capacitados para envolver a família como uma instituição em desenvolvimento que precisa ser garantida e preservada. Pensamento consolidado, através das palavras de Elza Maria Canhetti Mondin:

É oportuno acrescentar os estudos de Roberts, Wasik, Cast e Ramey (1991). Esses autores, baseados na necessidade de uma política dirigida a um serviço de apoio familiar em casa, referem-se ao papel dos pais no crescimento da criança e suas dificuldades nesse caminho, ajudando-os a encontrar maneiras positivas na criação dos filhos, em lugar de culpá-los pelos problemas surgidos. Essa rede de apoio proposta nesses estudos foi baseada nas seguintes suposições: a) os pais são as pessoas mais consistentes em oferecer cuidados às suas crianças; b) quando os pais são providos de conhecimentos e habilidades para fornecerem uma criação de apoio, responderão mais efetiva e positivamente às suas crianças; c) mudanças estruturais em famílias, tais como pais solteiros, alta incidência de nascimentos entre adolescentes, negligência familiar, casamentos rompidos pelo divórcio, condições socioeconômicas e pobreza. O contexto social assim configurado vai exigir, certamente, que se enfoque a família como um sistema social (microssistema) que necessita de apoio psicológico e informativo a respeito do desenvolvimento da criança e modos positivos de sua criação. É um processo através do qual se pode avaliar as prioridades da família, transmitir informações, promover suporte e encorajamento, autoconfiança e esforços efetivos no sentido de mudança de algumas práticas que têm influenciado negativamente as relações entre pais e filhos (MONDIN, 2006, p.235).

Implementar de maneira constante, em união de esforços, melhores formas de enxergar o problema pode ser uma ferramenta capaz de auxiliar a justiça na identificação da criança ou adolescente, que em situação de total vulnerabilidade, não demonstra com clareza pelo que está passando, apoio de profissionais da área da psicologia e assistência social que colaborem com perícias técnicas poderão delimitar um caminho. Ressalta Analicia Martins de Sousa:

A complexidade dos fenômenos sociais impede que estes sejam reduzidos a comportamentos, ou patologias individuais. Assim, pensar a questão do litígio conjugal em sua interseção com o campo social implica um outro fazer, especialmente, por parte do profissional de psicologia, o qual deixaria de ter sua prática atrelada à identificação e ao tratamento de patologias. Em atenção aos preceitos éticos de sua categoria profissional, o psicólogo atuaria como um agente facilitador de transformação social, a serviço da liberdade, da cidadania e da saúde mental (SOUSA, 2009, p.160).



Dias, declara sobre a atuação do juiz na família, culminado com o interesse do Estado quando existe interesse de crianças e adolescentes “[...] o socorro ao Judiciário faz com que sejam eles preservados, [...] a iniciativa do juiz na busca de provas não é só permitida, mas é recomendada e até incentivada” (DIAS, 2016, p.53).

A alienação parental deixa marcas devastadoras e, à medida que a justiça possa identificar o caso concreto e punir o alienador, abrir-se-á um processo de tentativa para reverter às consequências deixadas na vida daqueles que foram alienados. A respeito dos danos, Graciela Medina cita Eveline de Castro Correia:

Atualmente, a evolução do direito de família tem sido conduzida a privilegiar a personalidade e a autonomia individual do sujeito da família sobre a existência de um grupo organizado no sentido hierárquico. O sujeito familiar é, acima de tudo, uma pessoa, e que não existe nenhuma prerrogativa familiar que permita algum membro da família de forma intencional ou por negligência, causar dano dolosa ou culposamente o outro, e se exima de responder em virtude do vínculo familiar (CORREIA *apud* MEDINA, sa, sp.).

Paulo Lobo, relacionado à evolução do direito de família traz preceito constitucional à tona “A proteção da família é mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas” (LOBO, 2011, p.84).

Maria Berenice, fala das barreiras para avaliar a alienação parental:

É difícil a identificação da existência ou não dos episódios denunciados. Complicado reconhecer que se está diante ele uma alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como meio de acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Muitas vezes, nem psicólogos conseguem identificar que se trata de sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo ele vingança, a ponto ele programar o filho para reproduzir falsas denúncias, com o só intuito de afastá-lo do genitor (DIAS,sa, sp).

Nesse seguimento, a doutrina e jurisprudência encontram graves dificuldades na comprovação da responsabilização civil do alienador pelos danos causados ao menor, para a real comprovação das marcas que os atos deixaram. Ademais, quanto mais longo for o procedimento de diagnóstico, maiores serão as sequelas.

Os atos de alienação podem ser conscientes ou não por parte do alienador, porém, esse fator não diminui a gravidade das consequências geradas, e é nesse sentido, em um mecanismo de inclusão, que os direitos subjetivos ganham, na atualidade, a possibilidade de expressão. Para Silva e



Borba, que citam Annie Rehbein de Acevedo, ao falarem sobre o uso das crianças e a necessidade de evitar expressões grosseiras a respeito do outro “[...] os filhos precisam de imagens positivas do pai e da mãe como base para construir sua própria imagem. A criança precisa ver o lado bom de ambos os pais, para conseguir encontrar também o seu” ( ACEVEDO *apud* SILVA; BORBA, 2014, p.85 - 86).

Sobre as dificuldades encontradas na constatação de atos de alienação parental, Dias com muita clareza declara:

[...] o tempo trabalha em favor do alienador. Quanto mais demora a identificação do que realmente aconteceu, menos chances há de ser detectada a falsidade das denúncias. Como é impossível provar fatos negativos, ou seja, que o abuso não existiu, o único modo de descobrir a presença da alienação é mediante perícias psicológicas e estudos sociais. Os laudos psicossociais precisam ser realizados de imediato, inclusive, por meio de procedimentos antecipados, além da obrigação de serem transparentes e elaborados dentro da melhor técnica profissional”. (DIAS, 2010, sp).

A percepção da criança sobre os adultos que fazem parte do seu crescimento e desenvolvimento está diretamente ligada a sua formação cognitiva e subjetiva sobre o mundo a sua volta. E, para tanto a convivência paterno-filial se estabelece como instrumento essencial para a estruturação desta personalidade em formação.

Neste contexto, a pesquisa busca compreender o entendimento jurisprudencial em litígios que envolvam a alienação parental, suas razões e efeitos na vida criança que foi alienada, e responsabilização aplicada ao agressor.

### 3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

A transformação nas relações humanas caminha em sintonia com o esforço do direito de família em acompanhar o avanço e regulá-las. As consequências expressivas da alienação parental ganham cada vez mais atenção e cuidado ao serem analisadas na jurisprudência.

Ainda que existam bases consolidadas de proteção ao menor na lei, como o Estatuto da Criança e Adolescente que ampara em seu artigo 73 “A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta lei”, é possível um aprimoramento que intensifique de forma mais célere e eficaz a resolução desta espécie de litígio (BRASIL, 1990, sp).

Alicerces para a constatação e punição da alienação parental, como na responsabilidade civil do alienante encontram preceito, ainda, na lei 12.318/2010, onde em seu artigo 6º declara-se:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá,



cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010, sp).

Sobre a relação da aplicação de responsabilidade civil no direito de família visa-se a existência ou não de eficácia, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho aduzem que nas relações de família “[...] os sujeitos envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, [...] risco a direito de outrem, a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento ‘culpa’ [...]” (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2011, p. 728).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a partir de análise dos fatos julgou:

**EMENTA:** APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA E VISITAS. PARTILHA. ALIMENTOS. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. [...] É de se indeferir o pedido de reversão da guarda em prol do pai, pois se mostra adequado o deferimento da guarda dos filhos comuns à genitora. Restou bem demonstrada a vinculação das crianças com ela, e por igual bem comprovado que as crianças estão sendo adequadamente tratadas durante todos esses anos, desde a separação fática entre os genitores, em que estão sob os cuidados da mãe. O genitor foi acusado de estupro contra um dos filhos comuns, e chegou a ser condenado em primeiro grau, mas foi absolvido em segundo grau (por decisão ainda não definitiva), mediante reconhecimento de falta de provas sobre autoria e materialidade. Para, além disso, a prova produzida nestes autos, em especial o laudo pericial elaborado por renomado psiquiatra, e corroborado por várias entrevistas com a criança, e submetido ao crivo dos profissionais que atenderam os genitores, igualmente demonstrou a inveracidade da acusação direcionada contra o pai, o que dá azo inclusive à conclusão de que houve alienação parental praticada pela genitora. No caso concreto, o reconhecimento da alienação parental não justifica a reversão da guarda ao pai, dado o alto grau de envolvimento na relação da mãe com os filhos; mas justifica a retomada das visitas dele, de forma gradual, inicialmente mediada pelo CAPM, juntamente com tratamento psicológico e contratação de babá, por parte do genitor, para acompanhá-lo nas



visitas [...]. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU, E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA. (Apelação Cível Nº 70063911614, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 03/09/2015). (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2014).

De maneira que, em sentença atacada por meio da apelação sobre acusação de abuso sexual pelo genitor a um dos filhos menores, guarda e diagnóstico de alienação parental, destaca-se “[...] o reconhecimento da alienação parental não justifica a reversão da guarda ao pai, dado o alto grau de envolvimento na relação da mãe com os filhos [...]” (BRASIL, 2014, p.1).

Justifica o que a lei ordena e a doutrina vem demonstrando, no sentido de ainda que caracterizada a alienação, não acarretará a imediata perda da guarda pelo alienador, buscando construir e preservar o laço de amor que já existe entre o filho e ambos os pais. Como no caso acima, que indeferiu o pedido de reversão de guarda em prol do pai diante do forte elo da criança com a mãe, mas de forma gradual ordenou a retomada de visitas.

Faz-se, assim, a ligação entre o poder familiar que deve ser exercido pelos genitores e os danos causados pelo abuso deste. Sergio Cavalieri Filho, sobre a responsabilidade civil menciona “[...] é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI, 2012, p.72).

Para tanto, nasce a partir da leitura de jurisprudência, aspecto importante dentro das circunstâncias que levam a alienação parental, qual seja a guarda do filho. Disputas que envolvam famílias, sentimentos e vida pessoal podem levar a efeitos irreversíveis, daí a importância de averiguar e produzir provas que tragam a verdade por trás dos fatos, preservando laços, a fim de tentar prover sempre o que for melhor para a criança.

Ademais, seja por leniência do Poder judiciário, advogados, ou despreparo dos auxiliares judiciais, por muito tempo, não houve a correta aplicação de princípios que exercem a dignidade da pessoa humana garantida pela Constituição Federal e trazida na Lei nº 12.318/10, instituindo a alienação parental, para Silva e Borba persistem as mortes inventadas, impondo falsas memórias e caracterizando a violência familiar que “[...] é crime e, como tal, deve ser punida, por se constituir, acima de qualquer tipologia, numa das figuras marcantes da tortura” (SILVA; BORBA, 2014, p.103).

Pablo Stolze e Pamplona Filho trazem considerações a respeito da estipulação de multa ao alienador:

Existe, pois uma gradação sancionatória que parte de uma medida mais branda — advertência — podendo culminar com uma imposição muito mais grave — suspensão do poder familiar —, garantindo-se, em qualquer circunstância, o contraditório e a ampla defesa, sob pena de flagrante nulidade processual. Note-se não haver um prazo mínimo de suspensão do poder familiar, o que nos leva a crer que tal medida, enquanto se afigurar necessária poderá subsistir, ou até que os filhos atinjam a plena capacidade civil, caso em que, como se sabe, extingue-se o próprio poder familiar. Quanto à



estipulação da multa ao alienador, algumas considerações merecem ser feitas. Não somos favoráveis à imposição de medida pecuniária com o fito de impor uma obrigação de fazer, quando se trata de situação em que o “querer estar junto” seja o pressuposto do próprio comportamento que se espera seja realizado. Vale dizer, estabelecer uma multa para que um pai visite o seu filho, passeie com o seu filho, vá ao parque ou ao shopping com ele, em nosso pensar, não surte o efeito social que se espera. Ora, a previsão da multa na Lei da Alienação Parental não tem o escopo que ora criticamos. O que se pretende, com o estabelecimento de sanção pecuniária, é impor uma medida punitiva de cunho econômico em face da prática do ato de alienação, para que o seu agente deixe de realizar esse comportamento nocivo. Em última ratio, o que se pretende é impor a abstenção de um comportamento indevido e espúrio de alienação mental da criança ou do adolescente, o que, em tese, pode se afigurar juridicamente cabível, se outra medida não se afigurar mais adequada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 686 - 687).

O direito-dever na educação e manutenção dos filhos deve ser exercido por ambos os genitores, entretanto, quando não é mais possível manter essa regra em prol da família, como exceção, podem se afigurar cabíveis restrições de acesso ao menor, como medida de manter a criança, indefesa, resguardada com prioridade absoluta.

Sobre a solidariedade no exercício do poder familiar e a guarda compartilhada, que em tese é a regra, Tatiana Robles diz “[...] se apresenta mais apta a reorganizar as relações parentais no interior da família desunida, atenuando os traumas nas relações afetivas entre pais e filhos [...]” (ROBLES, 2007, sp)

Para David Zimermam e Antônio Carlos Mathias Coltro, a família é base da sociedade e, sua manutenção interfere na organização de um Estado forte, frente a tais afirmações os operadores deste sistema devem construir elos firmados não apenas em aspectos legais e psicológicos, “[...] mas mediando acima de discursos objetivos, também com forte carga de subjetividade, aceitando-se a presença do discurso inconsciente” (ZIMERMAM; COLTRO, 2008, p. 254).

Lobo traz preceito constitucional atribuído e garantido aos pais, que deve ser observado pelo poder judiciário:

O direito à companhia dos filhos tem como contrapartida o direito dos filhos à companhia de ambos os pais e à convivência familiar, constitucionalmente atribuída. O direito à companhia inclui o de fixar a residência do filho e exigir que este, sem permissão do pai e da mãe, deixe-a ou dela se ausente; ao mesmo tempo, o filho tem o direito de não ser retirado dela, salvo em caso de necessidade fundado na lei (LOBO, 2011, p.305).

Criança é um ser em construção, que necessita de condições para que possa aprender de forma evolutiva, com apoio e refúgio, a obter desenvolvimento cultural, espiritual e moral.



Ao ponto, quanto aos pressupostos que constroem a concepção jurídica sobre cada lide envolvendo alienação parental são vários os aspectos a serem analisados minuciosamente como se observa em julgado pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA. MODIFICAÇÃO DOS ALIMENTOS. ALIENAÇÃO PARENTAL. VISITAS. 1. GUARDA COMPARTILHADA. É inexistente pressuposto essencial ao compartilhamento da guarda, na sua concepção jurídica, qual seja a plena harmonia e entrosamento entre os genitores cuidadores, que precisam ter muito bem estruturada a habilidade de tomar decisões em consenso - o que não se faz presente, como destacado na sentença. Destaco que, em que pese os atritos relatados, os genitores conseguiram organizar e flexibilizar os momentos de visita ao pai. [...] 3. TRATAMENTO PSICOLÓGICO para a genitora. Não se cogita de determinação judicial para este fim, seja porque a apelada referiu que deixou a terapia por não ter condições financeiras para continuar o tratamento ou porque consta dos autos que os atritos serenaram. 4. ALIENAÇÃO PARENTAL. Nada há para prover no ponto, pois não obstante a narrativa do genitor de que houve atos de desqualificação de sua conduta como pai, não há prova suficiente para configurar práticas desta natureza. Ao contrário, pois, ainda que com alguns conflitos, a apelada estabelece uma agenda de convivência do menino com o pai. Ademais, o estudo social nada confirma neste sentido, devendo ser lembrado que em duas oportunidades a assistente social entrevistou o menino. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO, EM PARTE, O VOGAL. (Apelação Cível Nº 70065695090, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 03/09/2015). (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2014).

A partir do julgado acima, quando inexistente pressuposto essencial para a guarda compartilhada pela falta de “[...] entrosamento e relação harmônica entre os genitores, como a habilidade de tomar decisões em consenso, ligados por atos de desqualificar a conduta do genitor como pai, criando na consciência da criança falsas memórias, inexistente capacidade para exercer uma rotina em conjunto na vida do filho [...]” (BRASIL, 2014, sp).

Paulo Lobo coloca “[...] a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (LOBO, 2011, p.17).

Assim, através do verificado em jurisprudências, é preciso um estudo aprofundado para constatar se, nos casos em que a alienação foi reconhecida e julgada, a responsabilização civil foi aparato suficiente para coibir novos atos do alienado:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. PUBLICAÇÃO INDEVIDA DE CONTEÚDOS REFERENTE À INFANTE EM REDES SOCIAIS. DANO MORAL. CABIMENTO. No Direito de Família, o dano moral é, em tese, cabível. No entanto, imprescindível que haja a configuração do ato ilícito. No caso, evidenciado o dano sofrido pela infante, na medida em que as apelantes, avó e tia paterna, publicaram imagens



e informações a ela referentes em perfil de rede social, atribuindo à genitora suposta prática de alienação parental. O fato de terem sido retiradas da rede as publicações não retira o caráter ilícito do ato praticado, porquanto publicizou indevidamente imagem da criança, em flagrante violação ao comando constitucional do art. 5º, X, bem como dispositivos infraconstitucionais (arts. 3º e 17 do ECA e 3º e 7º da Lei 12.965/2014). A configuração do dano moral impõe o dever de reparar. O quantum arbitrado mostra-se adequado, ante a conduta das apelantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME. (Apelação Cível Nº 70064085095, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/07/2015). (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2014).

Alienação parental é um velho problema, que passou a ser observado mais profundamente há pouco tempo e, instituída através de lei, ganha aos poucos espaço nas jurisprudências e visão social de uma sociedade que cresce desenfreadamente e, sofre consequências quanto à instituição familiar não resguardada. Em busca de mediações que tragam soluções e guardem, com prioridade, o menor indefeso, vem o poder judiciário lutar para manter a instituição familiar.

#### **4 MEIOS EFICAZES PARA SOLUCIONAR O PROBLEMA DA ALIENAÇÃO E O CARÁTER PUNITIVO PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

Entre os conflitos que envolvem relações familiares, surgem como heróis os profissionais que se dedicam a contribuir para a construção de novos caminhos que tracem perspectivas melhores àqueles que foram vítimas, durante longos períodos, sem poder, sequer, compreender o que se passava.

Nesse contexto, para trazer a tona a difícil tarefa do judiciário de atuar no Direito de Família, uma vez que acabam por ser no processo onde as pessoas “[...] depositam os restos de amor, e, por isso, é preciso [...] saber amar para melhor compreender, receber e ouvir, tanto a mensagem verbalizada como a mensagem oculta [...]”, para assim, poder ajudar as pessoas. (ZIMERMAM, COLTRO, 2008, p.263).

Mesmo protegidos por lei e Estatuto que determina punições àqueles que ferem direitos da criança ou adolescentes, existem graves problemas a serem cada vez mais combatidos, como é o caso da alienação parental, que se dá de maneira crescente, cruel e devastadora, onde os mais atingidos e que sentem as consequências dolorosamente, são incapazes.

Dias, em um de seus pareceres traz a punição diante do abuso de direitos:

Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive - com enorme e irresponsável frequência - a alegação da prática de abuso sexual. Essa notícia gera um dilema. O juiz não tem como identificar a existência ou não dos episódios denunciados para reconhecer se está diante da síndrome da alienação parental e que a denúncia do abuso foi levada a efeito por



mero espírito de vingança. Com o intuito de proteger a criança muitas vezes reverte a guarda ou suspende as visitas, enquanto são realizados estudos sociais e psicológicos. Como esses procedimentos são demorados, durante todo este período cessa a convivência entre ambos. O mais doloroso é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem, às vezes durante anos, acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz com novo desafio: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar. Enfim, deve manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo? (DIAS, 2014, sp).

Iniciativas sociais firmadas na lei, com o fim de buscar soluções que coíbam o alienador, podem ser meios eficazes diante do dano moral ocasionado. No entanto, há casos, como previsto no artigo 6º da lei de alienação parental, onde poderá ocorrer à perda do poder familiar. Para Rafaela Martins Russi que, cita Douglas Philips Freitas e Graciela Pellizzaro, a tendência de doutrina e jurisprudência “[...] é de que o dano moral advindo da alienação se torne consenso, haja vista que não se trata de uma busca reparatória proveniente de desamor [...]” (FREITAS; PELLIZZARO *apud* RUSSI, 2012, p.14 - 15).

O dano moral decorrente do caráter devastador da falsa denúncia para Zimermam e Coltro:

A falsa denúncia, também, é uma forma de abuso, pois as crianças são, compulsoriamente, submetidas a uma mentira, sendo emocionalmente e psicologicamente manipuladas e abusadas e esta falsa denúncia passa a fazer a parte de suas vidas e, por causa disso, terão de enfrentar vários procedimentos (análise social, psiquiátrica e judicial) com o fito do esclarecimento da verdade (ZIMERMAM; COLTRO, 2008, p.595).

Não apenas como caráter punitivo, mas ainda pedagógico a indenização pecuniária vem para mostrar que deve haver compensação pela prática da alienação parental, ainda que seja a responsabilização civil o último meio usado.

Ao ponto que a indenização tenha caráter punitivo-pedagógico, requer estudo especializado sobre cada caso, em ser ou não medida suficiente para reparação dos prejuízos causados às vítimas. Há grande desafio ao mensurar a dor, quando se trata de responsabilização moral subjetiva tendo de provar a culpa do alienador, cabendo ao julgador mais que embasamento de provas, mas também sensibilidade para conseguir enxergar a agressividade do que ocorreu no caso concreto.

Nos processos que disputam interesses do menor, a mediação mostra-se positiva na construção de soluções para a família em ruptura, para David Zimermam e Antônio Carlos Mathias Coltro:



A família tem a função de transmissão da cultura e é o cerne a partir do qual se dá a estruturação psíquica do ser humano. Assim, sendo, quando da falha ou ruptura dessa estrutura familiar, que na maioria dos casos é permeada de situações extremamente conflituosas, cabe ao judiciário e aos demais operadores do direito garantir que o maior interesse da criança seja priorizado e que sejam preservados os vínculos estruturantes no intuito de assegurar um desenvolvimento psíquico dentro das melhores condições possíveis (ZIMERMAM; COLTRO, 2008, p.496).

Haja vista que, a lei disponibiliza mecanismos a fim de romper de imediato com a alienação parental, a exemplo, com efetividade, encontra-se a guarda compartilhada que objetiva construir laços entre os genitores e o filho mediando proporcionar afeto e convivência na relação familiar.

Propor essa possibilidade aos genitores, diferentemente de apenas aplicar a lei em questões tão delicadas, vem como avanço ao judiciário. Usar a mediação “[...] é uma possibilidade de intervir através de uma abordagem interdisciplinar, incluindo o jurídico e o psicológico, com o reconhecimento das relações de fato juntamente com as de direito[...].” (ZIMERMAM; COLTRO, 2008, p.501).

Ândrea Luisi Schumacher, parte do princípio que é a guarda compartilhada forma de redução da incidência de síndrome de alienação parental e menciona “[...] frente às consequências [...] percebesse a guarda compartilhada como opção a ser aplicada sempre que possível” (SCHUMACHER, 2015, p.34).

O exercício do amor fraternal traz aos filhos rupturas menos doloridas, devendo o Poder Judiciário estimular esse encontro, para não permitir que o fim da conjugalidade dos pais seja compreendido como o rompimento da parentalidade.

Indo de encontro com os avanços do direito de família e de acordo com a Lei nº 11.698/08, que disciplina a guarda compartilhada o artigo 1º conceitua “[...] por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (BRASIL, 2008, sp).

Sobre comprovação da dor na responsabilização, Humberto Theodoro Júnior entende:

Quanto à prova, a lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado. Daí porque não se exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial. Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida (THEODORO, 2010, p.10).

Com forte respaldo, em doutrina, jurisprudência e lei, a alienação parental merece ganhar cada vez mais visão no ordenamento jurídico, seja pela delicadeza do problema que envolve, pela possibilidade de coibição



quando diagnosticado prematuramente, ou, para evitar que se desenrole em questões traumáticas e irreversíveis.

São graves as marcas deixadas nas crianças, de maneira psicológica, pelo abuso moral sofrido, e nas palavras de Zirmernam e Coltro é possível perceber a origem desse mal que caminha junto com a humanidade “[...] a presença da violência está na própria essência do ser humano. O homem sem a ação da civilização é instintivamente destrutivo [...]” (ZIMERMAM;COLTRO, 2008, p.599).

É de suma importância todos os profissionais envolvidos agirem com máxima cautela e ter por objetivo preservar a criança que, em condição de dor e sofrimento traumático, precisa ser resguardada. A determinação de sanções punitivas traz a tona não apenas a coerção pelo dano, mas a possibilidade de educar os genitores e fazer nascer no alienador a percepção do mal que causou. Não existe, ainda, uma análise conclusiva sobre o caráter da alienação parental na responsabilização civil com capacidade de impedir o agressor de agir novamente. Mas, verifica-se que existem condições para coibir a alienação parental e lutar pelo direito de todas as crianças de terem preservados seus vínculos familiares.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, há a urgência em trabalhar a favor da criança, o quanto antes for diagnosticada a alienação parental, maior será a possibilidade de reversão dos danos. O tempo trabalha a favor do alienador, de maneira que através da averiguação confirmada, o que se buscará de antemão será coibir as atitudes do alienador e não monetizar o afeto.

A análise permite declarar que, prioritariamente, deve-se objetivar o bem da criança ou adolescente que, enquanto indefeso, vive situação de vulnerabilidade. Sendo essencial o agir do Poder Judiciário em conjunto com especialistas que tenham capacidade e aptidão comprovada para diagnosticar atos de alienação parental, atuando de maneira célere, com o propósito de amparar a vítima.

Assim, ao abordar as dificuldades enfrentadas na constatação de atos, entendimento jurisprudencial, e meios eficazes para solucionar o problema da alienação, a responsabilidade civil do alienante e o caráter punitivo pedagógico da indenização por danos morais, há urgência de implementação cada vez maior de projetos, a exemplo da Justiça Restaurativa, políticas sociais e acompanhamento psicológico e assistencial.

Seja pela situação de hipossuficiência de provas, ou pela dificuldade da real comprovação das marcas que os atos deixaram, quanto maior for o procedimento de diagnóstico, menores serão as chances preservação do vínculo familiar e reversão. Ademais, o entendimento jurisprudencial corrobora no sentido que alienação parental é crime, deve ser coibida e precisa ser analisada através de profissionais capacitados a enxergar o dano e resguardar as vítimas.





Pelo exposto, e de forma mais objetiva, em resposta à problemática pesquisada, é possível afirmar que, mesmo ciente da ausência de seu caráter absoluto e, que as atribuições de valor monetário buscadas na responsabilização do dano moral causado, entre outros meios coercitivos que tem por objetivo interromper o alienador, proteger o melhor interesse da criança, precisam-se ainda, de profundo estudo jurídico, psicossocial e psicológico, a fim de que atendam o objetivo almejado resguardando a criança através da paternidade responsável.

Neste sentido, para que possamos ter uma sociedade mais digna que respeite os reais interesses das crianças, é imperativo uma conjugação de esforços, a partir de estudos e planejamentos, cientes do esforço permanente a fim de que existam garantias firmadas na convivência e preservação familiar, e verdadeira coibição da violência parental que destrói laços. Trabalho esse difícil, por se tratar de relacionamentos familiares, mas capaz de mostrar a real expressão do caráter punitivo-pedagógico almejado pelo Judiciário e legislação. Se amar é compartilhar, está aí a ilicitude da alienação.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fabio Vieira. **Alienação Parental**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Poesia completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.

BRASIL. **LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm). Acesso em 07/06/2016.

BRASIL. **LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010**. Dispõe sobre a alienação parental. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em 05/06/2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação nº 70063911614, 8º Câmara Cível. 03/09/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em 05/06/2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação nº 70064085095, 8º Câmara Cível. 02/07/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em 07/06/2016.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Presidência da



República. Brasília. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em:  
05/06/2016.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai?**. Disponível em:  
<[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2\\_-\\_quem\\_%E9\\_o\\_pai.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_quem_%E9_o_pai.pdf)> .  
Acesso em 06/09/2016.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental**: um abuso invisível. Disponível em  
<[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4\\_-\\_aliena%E7%E3o\\_parental\\_um\\_abuso\\_invis%EDvel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_aliena%E7%E3o_parental_um_abuso_invis%EDvel.pdf)>. Acesso em  
06/09/2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Famílias, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Mondin, Elza Maria Canhetti. **Práticas Educativas Parentais e seus Efeitos na Criação dos Filhos**. 2006. p.235. Dissertação (Doutorado), Universidade do Oeste Paulista, Presidente Prudente – SP, 2006.

SCHUMACHER, Ândrea Luisi. **Guarda Compartilhada como Forma de Redução da Incidência de Síndrome de Alienação Parental**. Dissertação (Bacharel em Direito). Unijuí - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Três Passos – RS, 2015.

SILVA, Alan Minas Ribeiro da; BORBA, Daniela Vitorino. **A Morte Inventada**: alienação parental em ensaio e vozes. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUSA, Analicia Martins. **Síndrome da alienação parental**: análise de um tema em evidência. 2009. p.31. Dissertação (Pós-Graduação), Universidade do Estado do Rio de Janeiro Centro de Educação e Humanidades Instituto de Psicologia, Rio de Janeiro, 2009.

THEODORO, Humberto Junior. **Dano Moral**, 7ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Millennium, 2008