

POLÍTICAS PÚBLICAS
E DEMANDAS SOCIAIS:

(DIÁLOGOS
CONTEMPORÂNEOS II)

ORGANIZADORAS | Marli M. M. da Costa
Mônia Clarissa Hennig Leal



ISBN 978-85-7697-445-1

1ª edição – 2016.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, sem autorização expressa do autor ou da editora. A violação importará nas providências judiciais previstas no artigo 102, da Lei nº 9.610/1998, sem prejuízo da responsabilidade criminal. Os textos deste livro são de responsabilidade de seus autores.

Editora Imprensa Livre

Editora-chefe

Karla Viviane

Rua Comandáí, 801
Cristal – Porto Alegre/RS
(51) 3249-7146

www.imprensalive.net
imprensalive@imprensalive.net
facebook.com/imprensalive.editora
twitter.com/editoraimpresa

*Obra financiada com recursos da
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal
de Nível Superior - CAPES - Brasil
(Processo PAEP/CAPES nº 2410/2016-39)*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P769 Políticas públicas e demandas sociais: Diálogos Contemporâneos II
[livro eletrônico] / Marli Marlene

Moraes da Costa, Mônica Clarissa Hennig Leal, Organizadoras.

– Porto Alegre : Imprensa Livre, 2016.

540 p.

ISBN 978-85-7697-445-1

1. Direito. 2. Políticas Públicas.

I. Costa, Marli Marlene Moraes da ,org. II. Leal,

Mônica Clarissa Hennig , org.

CDU 340.1

Bibliotecária responsável: Maria da Graça Artioli – CRB10/793

POLÍTICAS PÚBLICAS
E DEMANDAS SOCIAIS:

(DIÁLOGOS
CONTEMPORÂNEOS II)

ORGANIZADORAS | Marli M. M. da Costa
Mônia Clarissa Hennig Leal



(SUMÁRIO)

PREFÁCIO

André Viana Custódio

POLÍTICAS PÚBLICAS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A
INFLUÊNCIA DO CAPITAL SOCIAL

Marli M. M. da Costa e Tamiris Alessandra Gervasoni

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE COMO UM
DEVER ESTATAL A PARTIR DE SUA CONFORMAÇÃO NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Mônia Clarissa Hennig Leal e Bruna Tamiris Gaertner

A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA (LAC) E A
RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E CIVIL DAS
PESSOAS JURÍDICAS

Rogério Gesta Leal e Jonathan Augustus Kellermann Kaercher

A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E A IDEIA DE NÃO
PERTENCIMENTO COMO CAUSAS DE FRAGILIDADE DA
DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DE ESPAÇOS PARA
ABUSOS E PRÁTICAS CORRUPTIVAS

Caroline Müller Bitencourt e Eduarda Simonetti Pase

A GARANTIA DE DIREITOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES NO MERCADO DE CONSUMO CAPITALISTA GLOBALIZADO BRASILEIRO

André Viana Custódio e Rafael Bueno da Rosa Moreira

O DIREITO À ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A CULTURA E A LEI Nº 13.146/15

Regina Vera Villas Bôas e Grasiela Augusta Ferreira Nascimento

O ESTATUTO DA DIVERSIDADE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS

Andréia Pereira de Alfama e Alberto Barreto Goerch

MÉDICOS TITULARES DE CARGOS PÚBLICOS, TETO REMUNERATÓRIO E A PRESTAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA MUNICIPAL: IDENTIFICANDO OS DISCURSOS DE APLICAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Ana Helena Scalco Corazza e Jonas Faviero Trindade

IDENTIDADE E DIFERENÇA: OS PRIMEIROS OLHARES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À TRANSEXUALIDADE

Juliana Ribas e Anaise Severo

O PROGRAMA NACIONAL DE BANDA LARGA (PNBL) E O
ACESSO À INTERNET NO BRASIL - DESAFIOS E
PERSPECTIVAS: UM OLHAR SOBRE OS AVANÇOS E
RETROCESSOS DO PROGRAMA DE INCLUSÃO DIGITAL
NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

Bruno Mello Correa de Barros e Gil Monteiro Goulart

OS NOVOS DESAFIOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
INCLUSÃO SOCIAL NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA:
O VALE ENCANTADO DA GLOBALIZAÇÃO

Rosane Teresinha Carvalho Porto e Rodrigo Cristiano Diehl

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DOS MIGRANTES NO BRASIL:
UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Daniel Braga Nascimento e Emily de Amarante Portella

POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO À REDE: A (PROVÁVEL)
INSTITUIÇÃO DE FRANQUIA DE DADOS E A
CONSEQUENTE FRAGILIZAÇÃO DO ACESSO
À INTERNET NO BRASIL

Augusto Lenhardt e Eliane Fontana

APORTES PARA UMA TEORIA DO CONTROLE DE
CONVENCIONALIDADE NO BRASIL:
O CASO GOMES LUND E AS IMPLICAÇÕES RESULTANTES
DA CONDENAÇÃO BRASILEIRA PELA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Felipe Dalenogare Alves e Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto

O PRINCÍPIO REPUBLICANO E A POLÍTICA INDUTORA DO
DESENVOLVIMENTO E DA INCLUSÃO SOCIAL POR MEIO
DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO BRASIL: UMA BREVE
ANÁLISE

Patrícia Tavares Ferreira Kaufmann e Ianaiê Simonelli da Silva

CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM
DEFICIÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Juliana Paganini e Patrícia dos Santos Bonfante

GRUPO DE SALA DE ESPERA E O CÂNCER DE MAMA: UMA
ALTERNATIVA DE ACOLHIMENTO PSICOLÓGICO EM
AMBIENTE AMBULATORIAL

Letícia Bortolotto Flores e Alberto Manuel Quintana

OS DIREITOS HUMANOS E A POLÍTICA DE SAÚDE PARA
ADOLESCENTES EM CONTEXTO HOSPITALAR

Liziane Giacomelli Henriques da Cunha e Maristela Costa de Oliveira

DESENVOLVIMENTO URBANO: PLANEJAMENTO,
CIDADANIA E DEMOCRACIA

Mariana Barbosa de Souza e Verenice Zanchi

A MEDIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA PSICANALÍTICA: UMA
RUPTURA COM O PARADIGMA DOMINANTE E OS NOVOS
RUMOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
E LEI 13.140/2015

Bernardo Girardi Sangoi e Miliane dos Santos Fantonelli

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O PROBLEMA DA
SUPERLOTAÇÃO: A BUSCA DE SOLUÇÕES ATRAVÉS DA
ECONOMIA SOLIDÁRIA E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Patrick Costa Meneghetti e Ana Paula Schimidt Favarin

GESTÃO ADMINISTRATIVA DELIBERATIVA: UMA
REFORMULAÇÃO DO PODER HEGEMÔNICO

Rafael Verdum Cardoso Figueiró e Larissa Vitória Silveira da Silva

UM INTROITO ACERCA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO
BRASIL: NOÇÕES CONCEITUAIS E JURÍDICAS

Ramon Matheus Rockenbach e Caroline Rockenbach

AS NOVAS RELAÇÕES DE EMPREGO E O
DIREITO DE DESCONEXÃO DA MULHER NO TRABALHO

Analice Schaefer de Moura e Tatiani de Azeredo Lobo

(PREFÁCIO)

Esta relevante obra apresenta os melhores trabalhos apresentados por ocasião do XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, realizado em maio de 2016, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul. O evento consolidou-se há mais de uma década como um dos mais importantes espaços de produção científica brasileira sobre políticas públicas e constitucionalismo contemporâneo.

O evento e este livro, coordenados pelas doutoras Marli Marlene Moraes da Costa e Mônia Clarissa Hennig Leal, contam com a participação de representantes de reconhecidas instituições brasileiras e coloca à disposição da comunidade acadêmica excelente conjunto de referências para pesquisas indispensáveis a compreensão do atual contexto de demandas sociais e políticas públicas no Brasil. Daí a necessidade de registrar o importante apoio concedido pela CAPES e pelo PPPG/UNISC para a produção desta obra.

O desafio da concretização dos direitos fundamentais requer novos olhares sobre as dinâmicas instituídas pelas políticas públicas brasileiras como destacam os textos que tratam de temas como o

direito fundamental à saúde e à educação inclusiva, a proteção integral à crianças e adolescentes, o acesso à cultura, a participação política, a economia solidária e o sistema prisional brasileiro como faces da complexa questão relativa à concretização dos direitos básicos de cidadania.

Não há dúvida, as políticas públicas somente atingirão a desejada universalização de acesso se considerados os elementos básicos de diversidade de forma transversal em todas as políticas de atendimento, daí a imprescindibilidade da análise de temas inerentes à própria condição humana, tais como identidade, gênero, deficiências, diversidade sexual e geracionalidade.

No campo da gestão das políticas públicas ganham relevância aspectos inerentes a própria concepção democrática do Estado brasileiro, que envolve desde a participação popular na deliberação e controle até o alcance de maior eficiência com o combate à corrupção como diretrizes de enfrentamento às fragilidades democráticas da contemporaneidade.

Sob o viés da participação da sociedade civil e a atuação da dinâmica econômica de mercado na consecução dos objetivos fundamentais encontram-se os estudos direcionados para temas como o capital social, o acesso à internet e às novas tecnologias, o acesso ao mercado de trabalho, considerados no contexto da globalização e suas perversas formas de exclusão social, econômica e política.

Na dimensão relativa à atuação do sistema de justiça, os textos apresentam análise de decisões concretas dos tribunais brasileiros e temas inovadores como a justiça restaurativa e o controle de convencionalidade pelos tribunais brasileiros oferecendo novas perspectivas de análise e observação sobre as demandas produzidas

pela sociedade brasileira no século XXI e que exigem o aprofundamento dos olhares e percepções acadêmicas. Razões pelas quais a leitura desta obra torna-se imprescindível.

André Viana Custódio

Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina
Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha/Espanha

POLÍTICAS PÚBLICAS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A INFLUÊNCIA DO CAPITAL SOCIAL

*Marli M. M. da Costa*¹

*Tamiris Alessandra Gervasoni*²

1 INTRODUÇÃO

O capital social, para além da sua relação com múltiplos assuntos de extrema relevância para a vida em sociedade, tem se apresentando como algo que influencia o próprio ritmo das dinâmicas sociais, por vezes facilitando ou dificultando o alcance de determinados objetivos. Diante desta dimensão social abrangida pelo próprio tema, o presente estudo debruça-se a investigar seus aspectos teóricos e conceituais, bem como a possibilidade de aliá-

¹ Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com Bolsa Capes. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Professora de graduação e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Professora da Graduação em Direito na FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa, Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar - CRP ° 07/08955.

² Mestranda com Bolsa Capes Prosup em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Graduada pela mesma instituição. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: tamirisgervasoni@gmail.com.

-lo às políticas públicas.

As políticas públicas, no Estado Democrático Brasileiro, despontam como instrumento privilegiado de atendimento às demandas sociais, concretizando os direitos fundamentais tão caros à dignidade humana prezada pela Constituição Federal. Além disso, as políticas públicas exercem papel relevante no que concerne à realização da igualdade material, aspecto que se destaca ao abordar-se às questões de gênero no contexto atual. Neste sentido, abordar-se-á não apenas a importância e as características das políticas públicas, mas também a sua própria conceituação, bem como as fases pelas quais seu processo de elaboração e execução perpassam. Salientando, neste ponto, as suas fases iniciais diante do objetivo de aliar as políticas públicas e o capital social nas questões de gênero.

O objetivo deste estudo justifica-se no fato de que estas fases iniciais, e tão fundamentais, das políticas públicas são eminentemente políticas e envoltas por interesse individuais e políticos, o que acaba prejudicando a inserção de algumas pautas na agenda política, para, a partir daí, terem a chance de receber atenção governamental enquanto políticas públicas. Desta forma, questiona-se se o capital social pode vir a contribuir de forma positiva ou negativa para a construção de políticas públicas de gênero no cenário brasileiro, assunto polêmico e controverso, porém, de suma importância para a construção da igualdade e equidade, valores primordiais para a cidadania, democracia e preservação da dignidade humana em um Estado Democrático de Direito.

2 CAPITAL SOCIAL: APORTES TEÓRICOS E CONCEITUAIS

O tema do capital social é, em geral, amplamente abordado e discutido em questões relacionadas ao campo político, à democracia, ao exercício da cidadania, ao desenvolvimento socioeconômico e ao desempenho das instituições sociais³. Tal associação dar-se-ia justamente porque a ideia de organização dos indivíduos em grupos com hábito cooperativos, que valorizam a solidariedade, cultivando a confiança recíproca, propiciariam maiores índices de participação e confiança política, evidenciando-se, assim, que o capital social contempla vantagens não somente socioeconômicas, mas também políticas (SACCHET, 2009, p. 308).

A despeito das múltiplas conotações que o conceito de capital social possa apresentar, para o presente estudo, este será entendido como um “conjunto de redes, relações e normas que facilitam ações coordenadas na resolução de problemas coletivos” (SCHMIDT, p. 2006, p. 1760) permitindo o acesso a bens e recursos a partir destas relações de confiança estabelecidas e embasadas na solidariedade. Desta forma, o capital social constituir-se-ia no entrelaçamento dos recursos, objetivos e interesses dos cidadãos que compõem determinado grupo organizado, unidos pelo senso de confiança para o alcance da concretização de objetivos comuns e coletivos⁴.

³ “Capital social tem sido usado, em linhas gerais, para tratar de questões relacionadas à pobreza, desigualdade social e ao desenvolvimento, mas com ênfase na dimensão social e não econômica”. (RANINCHESKI, 2007, p. 172).

⁴ “[...] *capital social*, que expressa, basicamente, a capacidade de uma sociedade estabelecer laços de confiança interpessoal e redes de cooperação com vistas à produção de bens coletivos. Segundo o Banco, capital social refere-se às instituições, relações e normas sociais que dão qualidade às relações interpessoais em uma dada sociedade. [...] Capital social é a argamassa que mantém as instituições em contato entre si e as vincula ao cidadão visando à produção do

Este senso de confiança é imprescindível para que o capital social se estabeleça solidamente e demonstre-se apto a constituir uma forma de garantia para aqueles que não possuem acesso a determinados recursos, pois, assim, “não dispondo de bens físicos para dar em garantia, os participantes na verdade empenham suas relações sociais” (PUTNAM, 2006, p. 178-179). Desta forma, a confiança é o elemento base do capital social, ela incentiva parcerias entre os sujeitos de uma mesma comunidade, fortalecendo a solidariedade e o sentimento de cooperação, Putnam observa que a própria cooperação irá gerar confiança, visto que quanto mais confiança há em determinada localidade, maior será o senso de cooperação (2006, p. 180).

Desta forma, para além da possibilidade de acesso a determinados recursos, o capital social também representa a oportunidade de formação e afirmação de novas relações sociais e o estabelecimento de vínculos entre os sujeitos conectados por uma mesma realidade, seja pela aproximação decorrente do convívio comunitário ou pela própria identificação enquanto pertencentes a um mesmo grupo social. Considerando ainda que o capital social, em nível elevado, está relacionado a graus maiores de desenvolvimento e inclusão social (JORGE, 2004, p. 2), é possível asseverar que tal contribui para o fortalecimento da cidadania e emancipação dos indivíduos, que se veem encorajados diante da atmosfera de cooperação e inclusão instituída.

Em virtude de tais características tão relevantes para o desenvolvimento e para a inclusão social, o capital social, bem como os estudos e pesquisas atinentes ao tema, têm sido utilizados por importantes organizações internacionais, como a Organização da

bem comum”. (ARAUJO, 2003, p.10).

Nações Unidas (ONU) e o Banco Mundial, no enfrentamento de questões como pobreza e exclusão social, justamente pela perspectiva de que nas regiões em que se verifica altas taxas de capital social, verifica-se também maior participação política dos cidadãos e, como corolário, sua própria emancipação. (COSTA, SCHINN, 2015, p. 4).

Não obstante, o capital social no que tange ao aspecto de formação e afirmação de vínculos entre os membros de uma comunidade ou grupo social, também compactua com valores nucleares para a criação de uma boa sociedade, que são “*vínculos recíprocos con la familia, los amigos o los miembros de la comunidad damos via al principio básico de la buena sociedad. Valores como el amor, la lealtad, el cuidado de los demás*” (ETZIONI, 2001, p. 16). Neste sentido, cultivando tais valores, reforçados pelo capital social, em uma sociedade onde todos são trados como fim em si mesmo e não como instrumentos para o alcance de objetivos e interesses pessoais, todos estariam aptos a alcançarem seu máximo potencial humano (ETZIONI, 2001, p. 17).

Ocorre que para a concretização de tal potencial humano, para o cultivo dos mencionados valores e, ainda, para que possa haver ação coletiva a partir do capital social, é necessário que o indivíduo esteja inserido em sociedade ou em determinado grupo. Hodiernamente “os mecanismos de exclusão estão presentes tanto na dinâmica econômica como na política, social e cultural” (SCHMIDT, p. 2006, p. 1759) e estão associados a múltiplos e distintos “fundamentos, desde questões como baixa renda, religião, gênero, entre tantas outras.

Enfatizar-se-á, portanto, no presente trabalho, a questão da discriminação de gênero e a possibilidade do capital social contri-

buir positivamente, ou negativamente, para a construção de políticas públicas nesta área, já que, se consolidado em base democrática e em valores pluralistas e inclusivos, o capital social pode figurar como “importante instrumento conceitual e prático para a consolidação de políticas públicas, para o desenvolvimento sustentado e para a revitalização da sociedade civil e da democracia” (ARAUJO, 2003, p.7).

Compreende-se que as políticas públicas desempenham importante papel na concretização dos direitos fundamentais e, assim, na garantia da dignidade humana, e na própria promoção da igualdade (material). Entretanto, políticas públicas dependem fortemente de vontade política para serem implementadas, visto que somente pautas consideradas publicamente relevantes é que tornam-se objeto de discussão política e têm a chance de receberem políticas públicas específicas às suas questões, e, portanto, é desta forma que poderia contribuir o capital social, a partir das suas redes e relações sociais congregar esforços para dar visibilidade às questões de gênero enquanto temática merecedora de políticas públicas específicas⁵.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITUAÇÃO E PERSPECTIVA DE FASES/CICLO

O Estado Democrático de Direito Brasileiro, assim adjetivado pela própria Constituição Federal em seu artigo 1^o⁶, neste

⁵ “Parte-se do pressuposto de que o capital social é um conceito que tem auxiliado a ressaltar aspectos esquecidos na análise política e econômica do desenvolvimento e das políticas públicas e que contém premissas condizentes com a democracia participativa [...]”. (SCHMIDT, 2003, p. 420).

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Mu-

mesmo documento jurídico e político, além de elencar e garantir formalmente direitos fundamentais, assume o compromisso de protegê-los e concretizá-los, primando pela dignidade humana, fundamento basilar da Constituição. Deste compromisso, portanto, decorre não apenas o dever de assistência em relação às necessidades materiais da população, mas também a obrigação de promover e instituir suportes efetivos para o exercício de todos os direitos fundamentais, “o que se reflecte primariamente na progressiva consagração constitucional dos chamados direitos sociais” (NOVAIS, 2003, p. 65).

É, especialmente, em relação aos direitos sociais que desperta a necessidade de implementação de políticas públicas, já que “a introdução dos direitos sociais só faz sentido, do ponto de vista normativo, se estiver associada a um conjunto de garantias” (BUCCI, 2006, p. 7), porém, tal temática é controvertida e complexa até mesmo no que concerne, até mesmo, às questões conceituais. Políticas públicas, compreendendo-as como resultado da própria política, apresenta múltiplos aspectos, podendo ser apresentadas como um campo de atividade, como programa de ações, como um propósito político concreto ou, ainda, como os resultados obtidos de um programa. Na literatura inglesa o termo “política” é trabalhado em três acepções, *polity*, *politics* e *policy*, sendo que todos possuem significados distintos, mas mutuamente relacionados.

O primeiro termo, “*polity*”, de acordo com as elucidações de Schmidt, é concernente à ordem do sistema político, jurídico e também ao sistema político-administrativo enquanto estrutura

nicípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” [...]. (BRASIL, 1988).

institucional, portanto, as questões administrativas, políticas institucionais e burocráticas estatais, são analisadas nesta perspectiva, a qual agrega “aspectos estruturantes da política institucional [...] a máquina administrativa” (2008, p. 2310). O segundo termo, *politics*, seguindo os ensinamentos do autor referido, trata dos processos e da dinâmica inerentes à política enquanto competição pelo poder, “questões com a relação entre o poder executivo, legislativo e judiciário, o processo de tomada de decisão nos governos, as relações entre o Estado, mercado, e sociedade civil [...]”. (2008, p. 2310). Já o terceiro termo, *policy*, ainda conforme o autor supramencionado, é que se refere especificamente às políticas públicas, constituindo “o ‘Estado em ação’ [...] as políticas se materializam em diretrizes, programas, projetos e atividades que visa a resolver problemas e demandas da sociedade”. (2008, p. 2311)

Neste sentido, políticas públicas podem ser compreendidas como um “programa ou quadro *de ação* governamental” (BUCCI, 2006, p. 14) a partir de um processo composto por diversos grupos da sociedade que deliberam questões coletivas que, quando realizadas e compartilhadas, tornam-se uma política comum (RODRIGUES, 2010, p. 13) dando impulso “à máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública” (BUCCI, 2006, p. 14). A(s) política(s) pública(s) será, assim, decorrência da própria atividade política, das suas instituições e dos seus processos (SCHMIDT, 2008, p. 2330), a partir de várias estratégias implementadas para o alcance de objetivos e metas específicos, constituída de um processo complexo, já que depende de várias decisões políticas e de atores políticos distintos.

Este processo complexo que é a formação e implementação das políticas públicas pode ser analisado, didaticamente, em cin-

co fases, que são elucidadas por Schmidt, da seguinte maneira: 1) percepção e definição do problema: fase na qual alguma questão problemática do ambiente social deve ser transformada em um problema político para, assim, obter atenção do governo e ser inserida na agenda política (2008, p. 2316); 2) inserção na agenda política: momento no qual são eleitos os problemas que chamam atenção do governo e dos cidadãos e que serão discutidos pelos agentes públicos e sociais (2008, p. 2316); 3) formulação: nesta etapa será definido o modo com o problema político será solucionado (2008, p. 2317); 4) implementação: através de programas e ações concretas, a formulação da política pública será concretizada por meio da execução da sua formulação (2008, p. 2318); 5) avaliação: refere-se aos estudos entorno das falhas e êxitos do processo de implementação da política pública, “ela proporciona retroalimentação (*feedback*) e pode determinar a continuidade ou a mudança da política” (2008, p. 2320).

Este ciclo das políticas públicas, a despeito de ser didaticamente elucidativo, dificilmente corresponde à realidade pela qual perpassa todo o processo dinâmico que é o da política pública, já que “as fases geralmente se apresentam misturadas, as sequências se alternam” (SECCHI, 2010, p. 33), entretanto, ainda assim, auxilia na compreensão da complexidade inerente a tais questões, bem como pode vir a constituir “um referencial comparativo para casos heterogêneos” (SECCHI, 2010, p. 34), agilizando as atividades dos administradores, pesquisadores e políticos envolvidos neste processo.

Salienta-se que “a essência conceitual de política públicas é o problema público” (SECCHI, 2010, p. 4) e, neste sentido, como apenas se torna um problema público aquilo que “os atores políti-

cos intersubjetivamente o consideram problema (situação inadequada) e público (relevante para a coletividade” (SECCHI,2010, p. 7-8), o presente trabalho centra-se nas duas primeiras etapas, ou seja, na percepção e definição do problema e a sua inserção na agenda política, atreladas **às questões de gênero**.

Ocorre que a própria temática de gênero, em especial assuntos como violência (física e simbólica⁷) e discriminação de gênero, sofrem preconceito de diversas formas e múltiplos setores da sociedade, sendo visto como assunto polêmico e ocasionador de divergências, o que, em geral, não é admirado pelo setor político, que prima por causas mais pacíficas e garantidoras de maior simpatia do eleitorado. Desta forma, tendo em vista que “[...] o aparato governamental também é objeto de loteamento político-partidário e de grupos de interesse (INOJOSA, 2001, p.104), tais questões encontram fortes óbices para tornarem-se problemas públicos e serem inseridos na agenda política, para, a partir daí ser “merecedor” de políticas públicas.

Os partidos políticos, por exemplo, são atores muitos influentes nesta etapa de definição do problema público, percebendo nestas situações uma oportunidade para demonstrar trabalho e empenho em face de seu eleitorado (SECCHI, 2010, p. 35), o que, entretanto, acarreta na exclusão de assuntos não interessantes e populares ao eleitorado⁸. Como as agendas políticas são cons-

⁷ “[...] violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento, ou, em última instância, do sentimento” (BOURDIEU, 1999, p. 7-8).

⁸ Observa-se ainda, neste sentido, o papel da mídia, que tem papel relevante, porém não é o foco do presente estudo: “Nas sociedades contemporâneas, a mídia é um ator com grande força para chamar atenção sobre os problemas sociais e influenciar na sua inclusão na agenda política. É preciso que a análise de políticas públicas leve em conta a seletividade da mídia na abordagem dos problemas, o que constitui em elementos para a explicação da agenda políti-

tituídas por questões compreendidas como problemas públicos, dificilmente causas mais polêmicas são inseridas, portanto, nesta lista “de problemas ou temas relevantes” (SECCHI, 2010, p. 36) que serão atendidos pelo governo. Destarte, passa-se a analisar a possibilidade do capital social influir em tais etapas das políticas públicas, se tal de fato pode contribuir positiva ou negativamente.

4 O CAPITAL SOCIAL COMO FORÇA IN(RE)DUTORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO

O conceito de gênero, talvez ainda sem definição pacífica e de compreensão complexa, é oriundo dos movimentos sociais feministas que, inicialmente, não expressavam o termo “gênero”⁹, mas preocupavam-se com a invisibilidade das mulheres na sociedade, com sua opressão e exploração, da necessidade de serem construídas condições para a sua libertação bem como com a realização de uma ciência que não fosse androcêntrica (MATHIEU, 2009, p. 225). Neste sentido, começa-se a indagar “o que é mulher?”, “o que é ser mulher?” e, a partir daí os debates desenvolvidos acarretarão em concepções distintas quanto ao significado destas questões, chegando-se, hodiernamente, a ideia de gênero(s).

A concepção de gênero almeja enfatizar o caráter social ao invés do biológico, ou dos discursos naturalizantes, sobre as di-

ca”. (SCHMIDT, 2008, p. 2316).

⁹ “[...] o conceito de gênero [...] está ligado diretamente à história do movimento feminista contemporâneo. Constituinte desse movimento, ele está implicado linguística e politicamente em suas lutas e, para melhor compreender o momento e o significado de sua incorporação, é preciso que se recupere um pouco de todo o processo”. (LOURO, 2003, p. 14).

ferenças entre homens e mulheres em sociedade, relevando a sua construção social e histórica a partir das relações entre os sujeitos. Assim, “as justificativas para as desigualdades precisariam ser buscadas não nas diferenças biológicas [...], mas sim nos arranjos sociais, na história, nas condições de acesso aos recursos da sociedade, nas formas de representação” (LOURO, 2003, p. 22). Gênero, portanto, relaciona-se com as características que socialmente atribuímos em comparação com as noções de masculino e feminino¹⁰, ocorre que há grande diversidade de gênero, e muitos não se identificam neste papéis tradicionais, tendo uma construção social da sua identidade de gênero distinta dos tradicionais papéis de homem e mulher.

Neste contexto, para além da histórica discriminação contra a mulher, passou a integrar tal quadro, hodiernamente, outras identidades de gênero, como gays, lésbicas, travestis, transgêneros, assexuados, etc., que sofrem preconceito, discriminação e violência. Tal asseveração é facilmente comprovado por dados oficiais recentes: estima-se que 7 em cada 10 mulheres no mundo serão espancadas, estupradas, abusadas ou mutiladas ao longo da vida (o mesmo se aos homossexuais) (ONU-BR, 2014); no Brasil, entre 2001 e 2011, foram registrados mais de 50 mil feminicídios, entorno de 5 mil mortes por ano (IPEA, 2013); nos últimos 30 anos

¹⁰ “Relates to the characteristics – ranging from gender roles to physical appearance – that societies attribute to the notions of “masculine” and “feminine.” We learn gender roles through socialization which begins very early and is reinforced constantly throughout our lives through education, the media, families, religion, public policy and other social institutions. Gender roles are different in different cultures and can change over time. Rigid enforcement of “traditional” gender roles has led to backlash and targeted discrimination and violence against men, women, gays, lesbians, transgendered and others who challenge narrow, static conceptions of masculinity, femininity, and sexuality”. (JASS, 2013, p. 5).

a prática de feminicídio aumentou em 239% (MPSP, 2013, p. 4-8); em 2012, foram registrados no Brasil 3.084 denúncias de violências de gênero contra homossexuais (dentre os quais gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais) (SDH, 2012, p. 18); no ano de 2014, 316 pessoas LGBT foram assassinadas em razão da sua condição sexo-afetiva ou identidade de gênero – uma morte a cada 24 horas – deste total, 134 era transexuais ou transgêneros, não obstante, estima-se que 50% dos assassinatos de travestis e transexuais no mundo todo ocorrem no Brasil (GGB, 2014).

Perante tais dados torna-se difícil negar a necessidade de políticas públicas de gênero no Brasil, que enfrentam a discriminação e violência que só têm aumentado nos últimos anos. Ocorre que, para estas necessárias políticas pública sejam efetivamente implementadas é preciso que os agentes competentes reconheçam esta situação como um problema público, inserindo-o na agenda política. Porém, tal questão fica à mercê de interesses políticos, que diante de uma sociedade eivada de preconceito, não arrisca sua (re)eleição para debater assuntos polêmicos, todavia, de fundamental importância.

Exemplo atual disto ficou evidenciado na discussão dos planos estaduais de educação, situação na qual ao menos oito estados retiraram dos seus Planos Estaduais de Educação as referências à identidade de gênero, diversidade e orientação sexual, em razão da pressão das bancadas religiosas, em especial católicas e evangélicas (FOLHA DE S. PAULO, 2015). Observa-se que tal atitude contrariou orientação emanada em nota pública pelo Ministério da Educação, na qual expressou-se a importância dos conceitos de gênero e orientação sexual para o fortalecimento de uma cultura de direitos humanos na luta contra as desigualdades que restringem

o acesso a bens materiais e imateriais, bem como, poderiam tais conceitos auxiliar na compreensão e combate das desigualdades históricas e opressões das minorais sociais (MEC, 2015).

Neste cenário de exclusão e discriminação de gênero, denota-se a importância do capital social para o enfrentamento destas questões, auxiliando a partir das redes de confiança e solidariedade o acesso a bens materiais e imateriais para aqueles que se veem excluídos por questões de gênero. Contudo, considerando que indivíduos identificados em papéis de gênero não tradicionais não estariam inseridos em grupos sociais e/ou comunidades por fatores discriminatórios, o capital social não bastaria para resolver sua situação, mas ao revés, acabaria por excluí-los ainda mais, já que existe também o capital social excludente.

O capital social pode estar vinculado à intolerância, e na história norte-americana há muitos exemplos de situações em que fortes laços comunitários estiveram associados, por exemplo, a atitudes de discriminação étnica. Isso porque o capital social se cria com maior facilidade em oposição a algo ou alguém. (SCHMIDT, p. 2006, p. 1768).

O capital social desenvolve-se e fortalece-se mais facilmente quando há o sentimento de comunidade presente, quando os indivíduos identificam-se entre si mutuamente, por quaisquer razões, desta forma, a diferença dentro da comunidade representa o próprio poder deste grupo para limitar a liberdade individual (BAUMAN, 1998, p. 233), ou seja, para manter todos unidos a partir de um cerne comum, até mesmo porque “a perpetuação desse grupo depende da intensidade e elasticidade de lealdade ativa de seus membros (BAUMAN, 1998, p. 234). Assim, acaba que este grupo “atropela e deixa em suspenso todos os outros interesses, inclusive

o que este ou aquele indivíduo possa julgar ser o seu “próprio” interesse individual” (BAUMAN, 1998, p. 236).

Portanto, o capital social construído e cultivado por determinados grupos pode vir a obstar a concretização de objetivos que não lhe pareçam pertinentes, como foi o caso dos planos estaduais de educação, pois, em virtude da comunhão dos interesses da bancada religiosa e conservadora, as questões de gênero foram retiradas dos planos. Do mesmo modo isto pode ocorrer no caso das políticas públicas, já que em suas fases iniciais, que dependem da interpretação política do contexto social, utilize-se capital social, enquanto rede de contatos, para direcionar a agenda política para outros assuntos e temas que não às questões de gênero, tão polêmicas e tão urgentes atualmente.

Neste sentido, não se olvida a possibilidade de um capital social excludente ser construído, agravado em um contexto de intolerância e desrespeito à diversidade, e é por isso que é imprescindível que se cultive um capital social inclusivo, com olhar múltiplo e que acolha a todos, ainda que com características diferentes, seja do ponto de vista étnico, cultural, de gênero, religioso, político ou econômico. Pois, em sentido contrário, o mesmo capital social que poderia contribuir positivamente para a construção de políticas públicas gênero, poderá, *versus* capital social aliado a outros interesses, prejudicar e obstar que tal tema se torne preocupação do cenário político e governamental.

Portanto, entende-se que um capital social inclusivo aliado às políticas públicas pode vir a incentivar a construção de políticas públicas de gênero, bem como fortalece-las, a partir de uma “rede de compromisso social [...]” permite que esses atores independentes, ligados ao aparato governamental e à sociedade, sejam atraídos

e se mobilizem para, juntos, trabalharem determinado problema da sociedade”. (INOJOSA, 2001, p.107). Denota-se também a importância de que a igualdade gênero e a desconstrução de estereótipos “são condições indispensáveis para quem vislumbra uma sociedade democrática e cidadão”. (PRÁ, 2007, p. 118). Não obstante, a despeito do capital social ter a chance de influenciar positivamente tais questões, é primordial que não seja considerado a panaceia das políticas públicas de gênero, mas que a caminhada em busca de alternativas para conquistas sociais seja fortalecida, não tornando a sociedade tão dependente do Estado¹¹.

Defende-se, assim, sua união de um capital social inclusivo – construído em ambiente acolhedor da diversidade - justamente para que pautas mais controversas não deixem de ser discutidas em face dos interesses políticos, mas que o capital social, a partir de suas redes de relações sociais auxilie no fortalecimento e na visibilidade de assuntos tão fundamentais, como as questões de gênero, para a construção de uma sociedade mais solidária, inclusiva e protetora dos direitos humanos e fundamentais.

¹¹ “A inclusão de novos atores — da sociedade civil e do setor privado — na formulação, implementação e controle das políticas sociais no nível local assinala uma inflexão importante com relação ao padrão de ação do Estado no campo social no país. De um lado, está havendo uma ruptura com o padrão não democrático de articulação entre Estado e sociedade, caracterizado pelo clientelismo, pelo corporativismo e pelo insulamento burocrático”. (FARAH, 2006, p. 14).

5 CONCLUSÃO

O capital social enquanto conjunto de redes e relações direcionados à solução de problemas coletivos permite o acesso a recursos e bens justamente a partir dos vínculos de confiança e solidariedade que constrói entres os membros de determinado grupo e que, de outra forma, talvez se mantivessem inacessíveis. Unidos pelo sentimento de confiança, os sujeitos de determinado grupo ou comunidade podem reunir esforços para a concretização de objetivos comuns e coletivos.

É nesta atuação sinérgica, propiciada e fortalecida pelo capital social, que este poderia, portanto, auxiliar na construção de políticas públicas gênero, visto que este assunto, por demasiadamente complexo, polêmico ou, ainda, controverso, é evitado pelo setor político dependente da simpatia e aprovação do eleitorado. Assim, o conjunto de redes e relações sociais embasados em capital social inclusivo poderiam esmerar-se para que assuntos como violência e discriminação de gênero fossem percebidos como problemas públicos e, a partir daí, pudessem ser inseridos na agenda política, fase inicial das políticas públicas.

Ressalva-se que tal possibilidade só contribui positivamente para as políticas públicas de gênero se formulada a partir de uma capital social inclusivo, e não excludente, já que este último poderia afastar ainda mais pautas como estas se não apreciadas por determinado grupo detentor de capital social em um contexto de intolerância e desrespeito à diversidade. Prima-se, portanto, para que o capital social seja um propulsor da inclusão e não o contrário, pois, ao revés, o mesmo capital social que poderia contribuir positivamente para a construção de políticas públicas gênero, po-

deria, *versus* capital social aliado a outros interesses, prejudicar e obstar que tal tema se torne preocupação do cenário político e governamental.

Portanto, se considerado um capital social inclusivo, embasado em valores democráticos e plurais, aliá-lo às políticas públicas pode servir como estratégia efetiva para a aproximação das demandas sociais ao setor político, construindo-se políticas públicas mais conectadas à realidade social, com à diversidade e à igualdade de gênero, mirando a revitalização da cidadania e o desenvolvimento sustentável e democrático.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Celina Soares D'. **Capital social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 out. 2015.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. *Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999*.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Maria Paula Dallari Bucci (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; SCHWINN, Simone Andrea. O capital social feminino como indutor de políticas públicas: a importância do poder local. In: **Anais do XII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/i>>

ndex.php/sidsp/article/view/13076>. Acesso em 24 out. 2015.

ETZIONI, Amitai. **La Tercera Vía hacia una buena sociedad**. Propuestas del comunitarismo. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

JORGE, José Eduardo. Los efectos de la baja confianza sobre el desarrollo y la vida social. **Revista Electrónica Cambio Cultural**. Buenos Aires, agosto de 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/12034270/Efectos_de_la_baja_confianza_interpersonal_sobre_el_desarrollo_y_la_vida_social>. Acesso em 24 out. 2015.

FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. (org.). **Políticas públicas**: coletânea. Brasília: ENAP, 2006, v. 2, p. 187-216.

FOLHA DE S. PAULO. **Por pressão, planos de educação de 8 Estados excluem ‘ideologia de gênero’**. UOL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educac>

[ao/2015/06/1647528-por-pressao-planos-de-educacao-de-8-estados-excluem-ideologia-de-genero.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/educac/2015/06/1647528-por-pressao-planos-de-educacao-de-8-estados-excluem-ideologia-de-genero.shtml)>. Acesso em 24 out. 2015.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil: Relatório 2014**. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

INOJOSA, Rose. Sinergia em políticas e serviços públicos: desenvolvimento social com intersectorialidade. **Cadernos Fundap**, n. 22, 2001, p. 102-110.

IPEA. **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil**. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2015.

JASS. **Feminist movement builder’s dictionary**. 2. ed. 2013. Disponível em: <<http://www.justassociates.org>>. Acesso em: 01 de nov. 2014.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**. Uma perspectiva pós-estruturalista. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

MATHIEU, Nicole-Claude. Sexo e Gênero. In: Helena Hirata [et al] (Orgs.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 222-230.

MEC (Ministério da Educação). **Nota pública Às Assembleias Legislativas, à Câmara Legislativa do DF, às Câmaras de Vereadores, aos Conselhos Estaduais, Distrital e Municipais de Educação e à Sociedade Brasileira**. Ano 2015. Disponível em: <<http://www.deolhonosplanos.org.br/wp-con>

tent/uploads/2015/0

9/NotaP%C3%BAblica-do-CNE-Identidade-de-G%C3%AAnero-9-2015.pdf>.
Acesso em 24 out. 2015.

MPSP (Ministério Público do Estado de São Paulo). Em 30 anos, assassinatos de mulheres aumentam 239%. **Revista da Escola Superior do Ministério Público**, n. 56, out-dez. 2013, p. 4-8.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

ONU-BR (Organização das Nações Unidas-Brasil). **No dia internacional da mulher ONU pede o fim de todos os tipos de violência de gênero**. 2014. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/no-dia-internacional-da-mulher-onu-pede-fim-de-todos-os-tip>

os-de-violencia-de-genero/>. Acesso em: 02 nov. 2015.

PRÁ, Jussara Reis. Cidadania e capital social de gênero na América Latina. In: BAQUERO, Marcelo (Org). **Capital social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2007, p. 89-120.

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. 5. ed. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

RANINCHESKI, Sonia. Capital social e cultura política em tempos de crise econômica: os casos de Brasil e Uruguai. In: BAQUERO, Marcelo (Org). **Capital social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2007, p. 169-194.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publi-folha, 2010.

SACCHET, Teresa. Capital social, gênero e representação política no Brasil. **OPI-NIÃO PÚBLICA**, Campinas, vol. 15, n. 2, novembro, 2009, p.306-332.

SCHMIDT, João Pedro. Capital social e políticas públicas. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Tomo 2. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 419-458.

_____. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1755-1785.

_____. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2307-2333.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Learning, 2010.

SHD (Secretaria de Direito Humanos). **Relatório de violência homofobia – ano 2012**. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE COMO UM DEVER ESTATAL A PARTIR DE SUA CONFORMAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988¹

Mônia Clarissa Hennig Leal²

Bruna Tamiris Gaertner³

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14- 5), onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

³ Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Profª. Pós-Drª. Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da Universidade de

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado de uma pesquisa que teve por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, a problemática que cerca os direitos sociais em vista de sua efetividade e a garantia do mínimo existencial, frente ao dever de proteção por parte do Estado no direito à saúde.

No Brasil, é na Constituição Federal de 1988 que, pela primeira vez, a saúde é contemplada como um direito fundamental social, de caráter universal, sendo dever do Estado garantir, através de políticas públicas, a efetivação de tal direito, tanto no âmbito curativo como preventivo, pois, até então, recebia apenas contemplação restrita para algumas classes econômicas do Brasil e era garantido apenas em âmbito curativo.

Possui estreita conexão com a noção de dignidade humana e, portanto, conforma um dos conteúdos do mínimo existencial.

Nesse contexto, o problema que se apresenta à pesquisa é: qual a conformação do direito a saúde na Constituição brasileira de 1988 e sua caracterização como elemento amoldado ao mínimo existencial?

A fim de realizar a consecução dos objetivos propostos, a pesquisa bibliográfica desenvolveu-se com a utilização do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, analisando-se os elementos essenciais ao tema, como a doutrina e a legislação em vigor.

Desta forma, buscou-se, na primeira seção do trabalho, uma construção teórica acerca do direito à saúde no contexto constitucional brasileiro, sua história e sua tímida aplicação até os dias atuais, para, na segunda seção, analisar a importância de o direito

à saúde ser garantido como um direito fundamental social e como parte do mínimo existencial, enquanto direito a ser garantido pelo Estado.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Antes mesmo de iniciar a real discussão do presente artigo, é necessário o conhecimento da palavra “saúde” no meio jurídico. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser garantida integralmente aos brasileiro e aos estrangeiros. Entretanto, como saber tudo que nos é assegurado por direito? Conforme Dallari, a terminologia “saúde” representa tanto a ausência de doença, quanto o bem-estar. Dessa forma o poder público busca efetiva-la por meio de políticas públicas tanto preventivas, como curativas. (DALLARI, 1995, p. 29)

A breve história do direito à saúde pública no Brasil começou de forma discreta no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa, abstendo-se a programas de combate à lepra e à peste, com ações voltadas ao controle sanitário nas ruas e nos portos. (BARROSO, 2007, 97). Além da vinda da Corte portuguesa ao país, outro fator que motivou a aplicação de algum sistema curativo de saúde, tanto para classes mais elevadas da sociedade, quanto das classes populares, foi a intensão de combater as epidemias de febre amarela, varíola e peste, pois estavam afastando grandes compradores de café. Assim, acabavam ameaçando os interesses do modelo econômico agrário-exportador, já que navios mercantes começaram a deixar de fazer escala em portos do Brasil, passando

diretamente para o país vizinho, Argentina. (SILVA; MENEGHIM; PEREIRA; MIALHE, 2010, p. 2540)

Para livrar o país das pestes e assim, trazer de volta a motivação dos mercadores para o café do país. Se intensificou principalmente em portos e estradas “chamados espaços de circulação de mercadoria”, um modelo “campanhista”, que era baseado em experiências dos serviços de saúde dos exércitos coloniais, na qual se mantinha a estrutura e o modo de operação militar. Sendo um modelo repressivo de intervenção médica nos corpos individuais e sociais. Esta estrutura, teve uma grande influência da doutrina chamada de polícia médica, oriunda da Alemanha de Bismarck. Onde se possuía a ideia de que cabia ao Estado assegurar o bem-estar e segurança do povo. Neste mesmo século, o sistema de funcionamento das “políticas” de saúde eram voltados ao sistema sanitário. (SILVA; MENEGHIM; PEREIRA; MIALHE, 2010, p. 2540)

Este modelo repressivo denominado de “campanhista”, não teve grandes modificações ao decorrer do século XIX e início do XX, apenas um aumento no número de combates a doenças. Como se pode observar na passagem de Barroso abaixo:

Durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 1930, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Criam-se os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Alguns destes IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Tais serviços, contudo, estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência. (BARROSO, 2008, p. 20)

É na constituição de 1934, conforme artigo 10, II, que intitula o dever de cuidar

da saúde e assistência pública, como competência concorrente entre a União e os Estados. Assim, começa a surgir um interesse real pelo bem-estar físico da pessoa humana. (CARVALHO; PINTO, 2011, p. 08)

A Constituição de 1934 também dispõe que é “obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias” (Art. 141), e também, não poderão dar garantia de juros a empresas concessionárias de serviços públicos (Art.142), inclusive aquelas referentes à saúde. (CARVALHO; PINTO, 2011, p. 08)

Continua CARVALHO e PINTO (2011, p. 08), que toda preocupação com a saúde na Era Vargas, não fustes por compaixão com a comunidade brasileira, nem tão pouco por conscientização estatal ou pela trajetória do direito à saúde no país. Mas sim, como forma de mascarar o Estado autoritário que se formava. Apesar de se orgulhar da criação de suas políticas de saúde, para muitos brasileiros restou a morte, por não conseguirem ajuda médica necessária, pois a maioria fora tratada como párias da sociedade. Apesar de se ter declarado na Constituição vigente na época era dever e responsabilidade estatal cuidar da saúde da população.

Dessa forma, a política que realmente se pensava em 1930, foi consolidada somente após 2º guerra, conforme salienta Maria Bravo:

Política Nacional de Saúde, que se esboçava desde 1930, foi consolidada no período de 1945-1950. O Serviço Especial de Saúde Pública (SESP) foi criado durante a 2ª Guerra Mundial, em convênio com órgãos do governo americano e sob o patrocínio da Fundação Rockefeller. No final dos anos 40, com o Plano Salte, de 1948, que envolvia as áreas de Saúde, Alimentação, Transporte e Energia: a Saúde foi posta como uma de suas finalidades principais. O plano apresentava previsões de investimentos de 1949 a 53, mas não foi implementado. (BRAVO, 2009, 05)

Mesmo com a troca de governo e a volta da redemocratização, as políticas de saúde continuaram à mercê do devido respeito e importância pública. Foi criado, então, em 25 de julho de 1953, o Ministério da Saúde – passando a dividir o Ministério da Saúde e Educação –, através da Lei 1.920. Entretanto, os recursos financeiros do ministério eram escassos e havia toda uma estrutura burocrática que empecilhavam o desenvolvimento de políticas e prestações à saúde. A escassez de recursos a saúde foi tão grande, que a Organização Pan-Americana de Saúde (órgão regional da Organização Mundial da Saúde), precisou atuar diretamente no combate da malária no Brasil. (CARVALHO; PINTO, 2011, p. 10)

Até então, o direito à saúde havia sido tratado como um direito coletivo. Contudo, na época da Ditadura Militar se instaura como um direito individual. Já que, a saúde era garantida em sua totalidade apenas aos trabalhadores que estivessem no mercado formal. Uma vez que, ocorreu a junção da Previdência Social com as IAPs, ou seja, os trabalhadores do mercado informal e aqueles que não possuíam emprego, não se encontravam amparados pelo Poder Público, em questões de direito à saúde. (BARROSO, 2008, p. 14)

Continua o autor, nesse período foram criados Serviços de Assistência Médica Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Na qual, todo trabalhador de carteira assinada era contribuinte e beneficiário de tal serviço, podendo usufruir da saúde pública, todavia os trabalhadores informais, não tinha acesso ao benefício e voltavam a se enquadrar no que ocorria no século XIX.

Com a redemocratização e a formulação da Constituição de 1988, pode-se perceber que o legislador teve um sério cuida-

do com os direitos fundamentais e sociais. Passando a atual Carta Magna, a ser a primeira a garantir o direito à saúde para todo (incluindo-se aos estrangeiros). Conforme passagem de Sarlet e Figueiredo:

A consagração constitucional de um direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, certamente pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante designada CF), que a liga, nesse ponto, ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, a partir do pós-II Guerra. Antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, caput). Em geral, contudo, a tutela (constitucional) da saúde se dava de modo indireto, no âmbito tanto das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos (Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “c”, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “b” e art. 6º; Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, “c”, e art. 8º, § 2º, depois transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969), quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das disposições versando sobre a garantia de assistência social (Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “h”, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV). (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 02)

Assim, entende-se que o direito à saúde na Constituição de 1988 passa a ter um forte protagonismo. Em virtude de ser garantido plenamente, com eficácia imediata e de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, além de se encontrar assegurado como um direito fundamental.

É através de políticas públicas que se encontram a efetivação dos direitos sociais, como exemplo, o direito a saúde. Com isso, foi sancionada a Lei nº 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde (SUS). Entre os princípios norteadores deste sistema, está o princípio da integralidade, que revela a necessidade de articulação contínua de ações e serviços preventivos e curativos em matéria de saúde. Portanto, além dos objetivos do SUS de combate às doenças e suas consequências, há o fomento de ações enquadradas numa medicina preventiva, cuja importância consiste não só em evitar o desenvolvimento de doenças, como também a melhora da qualidade de vida dos cidadãos. (ASENSI; AIDAR; RAMOS; PINHEIRO, 2015, p. 03)

A Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) estipula toda a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde, também propondo o modo como deve ocorrer o funcionamento e a organização do sistema. O mesmo é “concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta”. (BARROSO, 2008, p. 16)

A Lei 8.080/90, em seu artigo 7º e incisos, traz um rol de princípios para o funcionamento dessa política pública. Em meio aos treze incisos que se ocupam do tema, é importante destacar dois deles: o inciso I- “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” – por meio do qual é garantido a todos que usufruam do serviço público de saúde, independentemente da idade, condição financeira, etnia, credo, etc.; e o inciso IX- “descentralização político-administrativa, com direção em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede

de serviços de saúde – dessa forma, passa a ocorrer uma divisão quanto ao ente governamental que cederá recursos financeiro para a implementação e asseguuração da política pública do SUS, tornando o município o principal provedor deste direito. (Lei 8.080, 1990)

Seguindo o último princípio tratado no parágrafo anterior, e com base nos artigos 16, 17 e 18 da Lei do SUS, que estipula as atribuições de cada ente federado, no que tange garantir o direito a saúde. Conforme Barroso,

À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III). (BARROSO, 2008, p. 16)

Assim, fazendo parte do rol dos direitos sociais fundamentais, tem-se, com base no art. 196 da CF/88, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Por mais que esteja estipulado em lei a quem cabe garantir o direito e de que forma, há uma enorme discussão, contudo, do ponto de vista financeiro, sobre o ônus de manter a efetividade do direito à saúde de forma irrestrita, ou seja, com tantas pessoas

(neste caso estrangeiros e brasileiros) se beneficiando de tal direito, não há financeiramente como a União, os Estados e Municípios garantirem este direito na integridade como deveria. Sarlet e Limberger trazem, em seu texto sobre a matéria, uma pequena discussão, com embasamento em lei, quanto a quem caberia a efetivação desse direito:

Na Constituição brasileira, o direito à saúde (art. 6º, CF) é reconhecido como direito social e um dever do Estado (art. 196, CF) que a Constituição institui obrigações para todos os entes federados. Constitui-se em competência comum (art. 23, II, CF) à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, competência concorrente sobre a proteção e defesa da saúde, competindo à União o estabelecimento de normas gerais e aos Municípios as suplementares (art. 24, §§ 1º e 2º, c/c art. 30, II, CF) e cooperação técnica e financeira com o auxílio da União e dos Estados (art. 30, VII, CF). Nenhum dos entes federativos está isento de atribuições. Isso apresenta dupla crítica no sentido de que a todos incumbem tarefas, mas por outro lado, quando a responsabilidade é tão partilhada entre todos, fica mais difícil cobrar a atribuição de cada um.” (LIMBERGER; SALDANHA, 2011, p. 286)

Portanto, com a Constituição Federal de 1988 e a garantia do direito à saúde, como um bem de caráter universal e assegurado pelo Estado através de políticas públicas. Se consegue por meio de norma constitucional a efetivação da dignidade da pessoa humana. Pois, viabilizando-se o direito à saúde, consequentemente, garante-se o direito à vida, à uma existência digna e de qualidade.

3 DIREITO A SAÚDE E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Entende-se o mínimo existencial como sendo aquela garantia mínima advinda do Estado, para garantir ao menos a essencial dignidade da pessoa. Para tanto, antes de aprofundarmos os conhe-

cimentos sobre o mínimo existencial, é necessário o entendimento quanto a dignidade da pessoa humana, que em poucas palavras pode ser dita como:

O reconhecimento de uma dimensão cultural e prestacional da dignidade não está a aderir à concepção da dignidade como prestação, ao menos não naquilo em que se sustenta ser a dignidade não um atributo ou valor inato e intrínseco ao ser humano, mas sim, eminentemente uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação. (SARLET, 2011, p. 59-60)

Conforme o mesmo autor, a “dignidade humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade”. (SARLET, 2011, p. 58)

Importa registrar que os direitos humanos, assim como a noção de dignidade humana, não surgiram somente após a Segunda Guerra Mundial, nem são preexistentes ao surgimento da raça humana, mas passam a lograr reconhecimento paulatino, em paralelo com o desenvolvimento da sociedade, segundo uma noção denominada de historicidade, vale dizer, seu desabrochar se confunde com o passo-a-passo do estabelecimento da sociedade, representando lentas conquistas significativas da humanidade, no sentido do respeito pelo Estado e do respeito mútuo entre os homens. (SILVA; MASSON, 2015, p. 186)

A dignidade humana se destina ao indivíduo em si, sou seja, não importando se este é um terrível criminoso, terrorista, etc. assim sendo, a dignidade “atribuída aos indivíduos, independentemente de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa”. (BAEZ, 2015, p. 59)

Pode-se estreitar uma ligação entre a dignidade humana os direitos fundamentais, uma vez que:

Os direitos fundamentais, portanto, são a primeira e mais importante forma de concretização do princípio da dignidade humana, que consiste numa cláusula aberta capaz de respaldar o aparecimento de novos direitos na dogmática constitucional, já que a prioridade do Estado dever ser a pessoa, em todas as suas dimensões. (SILVA, MASSON, 2015, p. 191)

A partir desse entendimento, pode-se constituir a ideia de que o mínimo existencial, traz a tarefa de enumerar os direitos sem os quais não haveria possibilidade de desfrutar de uma vida digna, dessa forma, o mínimo existencial nos remete a uma noção de concretização dos direitos fundamentais, que protegem a dignidade da pessoa humana. (SILVA; MASSON, 2015, p. 198)

Há princípios constitucionais que cercam o mínimo existencial, como ressalta Figueiredo:

Além de derivar da noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial também se fundamenta ao princípio da liberdade; em princípios constitucionais como a igualdade, o devido processo jurídico e a livre iniciativa; nos direitos humanos; e nas imunidades e privilégios do cidadão. É delineado em termos qualitativos, como proteção daquilo que seja necessário à manutenção das mínimas condições de vida condigna, enquanto condições iniciais da liberdade, isto é, da garantia de pressupostos fáticos que permitam ao indivíduo agir com autonomia. Abrange qualquer direito, no que represente de essencial e inalienável, bem como compreende outras noções, entre as quais a ideia de felicidade do homem. (FIGUEIREDO, 2007, p. 189)

O mínimo existencial não se encontra, contudo, explícito na Constituição Federal, estando “apenas delimitado conceitualmente

pela doutrina, ora como dado pré-constitucional, ora como direito fundamental decorrente do Estado Social e da proteção à vida” (FIGUEIREDO, 2007, p. 188)

Outra definição estabelecida por Torres fala de um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado que ainda exige prestações estatais positivas (TORRES, 1999, p. 262-263), de modo que o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo de subsistência,

na medida em que estreitamente atado à noção de dignidade da pessoa humana, enquanto esta, pela interpretação sistemática da Constituição brasileira, pressupõe a preservação de uma série de valores e bens, o mínimo existencial há de refletir o escopo de realização do ser humano. Sem cair em excessos, devem ser asseguradas condições de alimento, saúde, educação, moradia, segurança, lazer, informação, que, mesmo em termos mínimos permitam a fruição de uma vida digna, com liberdade e autonomia individual. (FIGUEIREDO, 2007, p. 199)

Assim, os direitos fundamentais além de seus caracteres principiológicos, possuem um núcleo mínimo em cada direito social, estabelecido *in concreto*, de acordo com as próprias características do direito e em atenção à preservação da dignidade humana, que em hipótese alguma poderá ser ultrapassado, sob pena de negação do próprio direito, dos demais direitos fundamentais e dignidade da pessoa que o titule. Trata-se de um limite mínimo absoluto, em que o Estado deve necessariamente garantir, a independentemente de algumas eventuais questões orçamentárias. (FIGUEIREDO, 2007, p. 200)

Para Leal, por mais que exista esse “núcleo essencial”, que

configure o “mínimo” a ser garantido, “ele se insere em uma lógica na qual prevalecem as noções de “máxima realização possível” e de “mínima restrição necessária.” (LEAL, 2015, p. 157)

Segundo Figueiredo (2007, p. 201) o mínimo existencial constitui um *quid* a ser imposto pelos direitos fundamentais, tanto para evitar vulnerações por parte do Estado ou por terceiros, quanto, numa acepção prestacional, em virtude de respaldar a pretensão às condições mínimas da dignidade humana. Assim, entende-se que mínimo existencial pode ser afirmado como direito fundamental originário, passível de imediata reclamação perante o Poder Judiciário, sendo que

na determinação do conteúdo que densifica o mínimo existencial não deve o Judiciário ir além do que exige a estipulação de um conteúdo mínimo ou essencial, sob pena de injustificadamente invadir a seara de competência legislativa. Tais prestações mínimas devem ser estabelecidas em função de uma análise *in concreto* que, à semelhança da definição do conteúdo essencial dos direitos, leve em conta o tipo de sociedade e as exigências e expectativas referentes ao direito em jogo, uma vez que o conteúdo de um direito não é algo fixo nem alheio à comunidade em que se radica. (FIGUEIREDO, 2007, p. 201)

Como visto, os direitos fundamentais estão associados à noção de mínimo existencial. Assim, é dever do Estado garantir que os direitos fundamentais não sofram agressão por terceiros e nem pelo próprio Estado. (MENDES, p. 140, 2004)

A razão maior para a existência do Estado (Estado-Legislador, Estado-Administrador e Estado-Juiz) reside justamente no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual e coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente promovido e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade. Os *deveres de proteção* do Estado contemporâneo

estão alicerçados no compromisso constitucional assumido pelo ente estatal, por meio do *pacto constitucional*, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma *vida digna e saudável* aos seus cidadãos, o que passa pela tarefa de proteger e promover (já que proteção e promoção não se confundem) os direitos fundamentais, o que abrange a retirada dos possíveis obstáculos à sua efetivação. De acordo com tal premissa, a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade, etc.) pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos poderes públicos, de modo a remover os “obstáculos” de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana. (SARLET; FENSTERSEIFER, p. 03, 2010)

Frente ao exposto até então, pode-se afirmar que os direitos fundamentais possuem como objetivo principal a garantia da dignidade humana. E que o mínimo existência beira o limite que deve ser assegurado pelo Estado, mas também, não pode ser interpretado de maneira equivocada, onde o valor do direito fundamental litigado, acaba sendo a “máxima realização possível”. E, portanto, desconfigurando o real sentido do mínimo existencial. (LEAL, 2015, p. 157)

Desse modo, a garantia do mínimo existencial, permite aos cidadãos que tenham seus direitos fundamentais assegurados em nível básico. Ou seja, é obrigatória a atuação do Estado para garantia da saúde, mesmo que de imediato não seja na sua totalidade, mas pelo menos seja efetivado o núcleo mínimo do direito fundamental. Comumente, se estima que o Estado atue no que for necessário para manter a dignidade da pessoa humana.

A fim de, impedir a omissão do Estado ou agressão de um terceiro, às garantias e direitos assegurados, se entendeu a necessidade da proteção dos mesmos, contra os agressores. Para que dessa forma, todos os cidadãos usufruam na totalidade de seus direitos e garantias.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o direito à saúde teve sua primeira aparição com a vinda da Corte Portuguesa para o Brasil, principalmente, no que tange as iniciativas sanitárias, chamadas de “campanhista” principalmente em portos e estradas, devido à atividade econômica da época, que estava sendo prejudicada por doenças infecciosas. Permanecendo este modelo do século XIX até início do século XX.

Com a Constituição de 1934, se torna obrigatório em todo o território nacional, o amparo pela União, Estados e Municípios, de um por certo das rendas tributárias à serviços públicos, incluindo à saúde. Entretanto, ainda permanecia um modelo apenas curativo, mas melhor do que se encontrara até então.

Na Ditadura Militar se instaura como um direito individual. E passa a ser garantida apenas à trabalhadores do mercado formal, já que na época ocorreu a junção da Previdência Social com as IAPs. Resultando aos trabalhadores informais e desempregados, à falta da seguridade do direito à saúde, por parte do Estado.

Então, com a redemocratização e a formulação da Constituição de 1988, se tem instaurado o direito a saúde, no rol de direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata, de modelo curativo e preventivo e de caráter universal. Assegurado pelo artigo 196 da Constituição Federal, dever da União, Estados e Municípios, garantir o direito à saúde, em sua totalidade.

Por fim, conclui-se que a problemática da conformação do direito a saúde na constituição brasileira de 1988, se encontra efetivada mediante políticas públicas, como por exemplo a Lei 8.080/90 – Lei do SUS, que visa garantir a universalidade do

programa a todos que neste país vivem, incluindo neste caso os estrangeiros. E devido a garantia do mínimo existencial, passa o cidadão a desfrutar da proteção da garantia mínima dos direitos fundamentais, neste caso mais especificadamente o direito à saúde. Devido ao mínimo existencial constituir um *quid*, acaba por tentar evitar vulnerações por parte do Estado e terceiros. Podendo assim, garantir as condições mínimas da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia dos direitos fundamentais e os problemas metodológicos da concepção de dignidade humana em Robert Alexy. In: ALEXY, Robert; SILVA, Rogério Luiz Nery da; BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Orgs.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 39-90.

BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação (Versão provisória para debate público). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em 19 de abril de 2016.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SEBASTIÃO, Jurandir (Org.), Revista Jurídica UNIJUS. Uberaba: UNIUBE editora, 1998.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 33.ed.

BRASIL, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 19 de abril de 2016.

BRAVO, Maria Inês Souza. Política de Saúde no Brasil. In: MOTA, Ana Elizabete

et al (Orgs.) SERVIÇO SOCIAL E SAÚDE: Formação e Trabalho Profissional 4. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 88-110.

CARVALHO, Heitor Humberto do Nascimento; PINTO, Márcio Alexandre da Silva. A evolução do direito à saúde pública da cidadania brasileira. Revista Horizonte Científico, Uberlândia, n. 2, v. 4, p. 01-22, jan 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/issue/view/315>. Acessado em: 20 de abril de 2016.

DALLARI, Sueli Grandolfi. Os estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: Editora Hucitec, 1995. 133 p.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria socioambiental. In: STEINMETZ, Wilson Antônio; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação. Caxias do Sul: EDUCS, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetros para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; SILVA, Rogério Luiz Nery da; BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Orgs.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 143-163.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Também em Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, n. 8, 2004, p. 131-142.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção do direito à saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988 In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Orgs.). As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 1-35.

SILVA, Cristiane Maria da Costa, MENEGHIM, Marcelo de Castro, PEREIRA, Antonio Carlos, MIALHE, Fábio Luiz. Educação em saúde: uma reflexão histórica de suas práticas. In: Revista Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 2010; vol.

15, n. 05: p. 2539-2550. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1413-812320100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 de abril de 2016

SILVA, Rogério Luiz Nery da; Masson, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; SILVA, Rogério Luiz Nery da; BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Orgs.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 179-214.

TORRES, Ricardo Lôbo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999ª.

A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA (LAC) E A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS¹

Rogério Gesta Leal²

Jonathan Augustus Kellermann Kaercher³

¹ Este artigo é resultado de pesquisas feitas junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas - CIEPPP, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como decorrência de projeto de pesquisa intitulado *PATOLOGIAS CORRUPATIVAS NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: causas, consequências e tratamentos*.

² Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC. Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. E-mail: rleal@unisc.br

³ Jonathan Augustus Kellermann Kaercher é Advogado. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS – UNISC (2015-2016) com Taxa da Capes. É integrante do grupo de pesquisa *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*, coordenado pelo Professor Doutor Rogério Gesta Leal. E-mail: jonathanaugustus@hotmail.com

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS:

O tema da responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas de direito privado no âmbito da Lei nº 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção – LAC traz uma série de questionamentos à doutrina brasileira, notadamente em face das sanções que esta norma traz a lume às empresas que cometerem atos corruptivos em detrimento do interesse público.

Impõe-se, em face disto, o enfrentamento do tema a partir da tradição que se constituiu historicamente, tanto para o Direito Administrativo como para o Direito Civil, para então verificar-se em que medida pode se estender tais contributos às regras novas envolvendo a LAC.

II – O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ÂMBITO DA DOCTRINA JURÍDICA: ALGUNS APONTAMENTOS

É preciso reconhecer que, historicamente, o tema da responsabilidade civil – ao menos no âmbito das relações entre privados – ancorou-se na base do dolo e da culpa, demandando o envolvimento do elemento subjetivo específico do sujeito de direito. Ou seja, o tema da responsabilidade – em linhas gerais – esteve sempre presente não só na dogmática jurídica, mas na opinião pública, no sentido de que qualquer dano ou lesão a interesse juridicamente protegido reclama reparação/responsabilidade, a partir do que tem evoluído o tema.

Um dos grandes problemas decorrentes do debate jurídico

é saber se a modalidade de responsabilidade subjetiva é suficiente hoje para albergar as diversas formas complexas de relações sociais e jurídicas que se estabelecem no cotidiano das pessoas. Se sempre é possível identificar como fonte do dano a ação ou omissão dolosa ou culposa do agente em sentido estrito; o resultado danoso e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e o resultado.

A resposta a ambas as questões é negativa, no sentido de que há determinadas atividades que podem representar risco a outras pessoas independentemente de dolo ou culpa, tanto que o art. 927, do Código Civil Brasileiro, em seu §1º, refere expressamente que “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”.

E isto se dá pelo fato de que, quem, com sua atividade, cria um risco, deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício. Há certa lógica argumentativa e fática aqui, basta ver-se os inúmeros riscos e mesmo prejuízos que as diferentes matrizes de processos produtivos do capitalismo criaram ao longo da história, submetendo trabalhadores, Sociedade e meio ambiente a progressivos ciclos de depauperação em múltiplos níveis (físicos, de poluição, contra a sustentabilidade do desenvolvimento, etc.). Tais situações foram acumulando às gerações passadas, presentes e futuras, danos incalculáveis que vão produzir efeitos por décadas. Não por acaso que o Direito Ambiental é um dos primeiros campos jurídicos a adotar o risco do dano como causa de proteção curativa e preventiva (LEAL, 2010).

Lembra Neto (2000) que foi na Alemanha, em 1888, que se

sustentou que os danos oriundos de acidentes inevitáveis na exploração de uma empresa deviam ser incluídos nas despesas do negócio atendendo ao interesse da paz social, o que evidencia o funcionamento do risco como fundamento da obrigação de indenizar, e justifica a responsabilidade sem culpa.

A partir daí foram muitas as evoluções desta modalidade de responsabilidade civil objetiva, passando pelas perspectivas: (a) da responsabilidade de tipo risco integral, operando sob o fundamento de que haveria a obrigação de reparação de qualquer dano causado pelo agente, desde que seja ele a causa material do ato, excetuando-se os fatos exteriores a si; (b) da responsabilidade por ato anormal, autorizando o reconhecimento desta quando o agente excede a conduta para além do respeito a terceiro – o que amplia as discussões sobre o tema da subjetividade do que seja normalidade e anormalidade para fins de responsabilidade objetiva; (c) até chegar a responsabilidade do risco propriamente dita, estruturada a partir da ideia de que é importante assegurar às vítimas reparação de danos que foram causados por agentes que empreenderam atividades potencialmente causadoras deles (FACHIN, 2000).

Mesmo esta responsabilidade do risco mais contemporânea ganhou modulações múltiplas, tais como a *teoria do risco-proveito* (responsabilizando agentes econômicos pelos atos praticados que lhes rendem dividendos, e por eles devendo ser responsabilizados); a chamada *teoria do risco-criado*, que não mais pressupõe o risco como um elemento da atividade economicamente proveitosa ao agente, basta que diga respeito a qualquer atividade que seja potencialmente danosa à esfera jurídica de terceiros.

Um dos problemas da teoria do risco-proveito é o de se aferir quando ele existe e de que natureza é, pois se o conceito de pro-

veito estiver vinculado exclusivamente a sua dimensão econômica, isto reduziria em muito as possibilidades de configurativas de autoria da responsabilidade, talvez limitando-a às figuras dos agentes de mercado, restando a vítima com a obrigação de provar a obtenção do proveito.

Daí o fôlego que ganhou a teoria do risco criado, entre os brasileiros muito festejada pelo Prof. Caio Mario da Silva Pereira, sustentando exatamente que aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evita-lo (PEREIRA, 2002).

Resta claro, a partir destes elementos, que o fundamento da responsabilidade civil – notadamente em sua modalidade objetiva - não deve repousar prioritariamente no proveito econômico que obteve o agente que a criou, mas deve centrar-se na pessoa da vítima, esta que é dotada de direitos inalienáveis, bem como de um direito à integridade patrimonial e moral a ser protegido e garantido pela ordem jurídica.

Associe-se a isto o fato inarredável de que as relações sociais hodiernas se encontram marcadas por níveis de complexidade e conflituosidade jamais antes vistos, em face também do desenvolvimento desequilibrado do crescimento econômico divorciado do desenvolvimento social, acarretando riscos e danos imensos à Sociedade como um todo, ao Meio Ambiente natural e construído, e às relações entre os indivíduos, o que afeta os padrões de dignidade humana postos pela cultura constitucional atual.

Tais cenários geram riscos que extrapolam a lógica da culpa em sentido estrito ou do dolo, localizado em uma ação específica de uma pessoa específica, pois envolvem vários protagonistas

e atores, institucionais, coletivos e individuais, que interagem de forma associada ou não, formatando instâncias de responsabilidade compartilhadas em diversos momentos das cadeias de nexos causais originários dos riscos e danos consecutórios. E quais os reflexos disso, por exemplo, na legislação ordinária brasileira contemporânea?

Historicamente, por exemplo, a edição do Decreto n.º 2.681, de 1912, tratando do tema da responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais; da Lei n.º 5.316, de 1967, do Decreto n.º 61.784, de 1967, e da Lei n.º 8.213, de 1991, todas versando sobre acidentes de trabalho; da Lei n.º 6.194, de 1974 e da Lei n.º 8.441, de 1992, regulando o seguro obrigatório de acidentes de veículos, cabendo à seguradora pagar o valor previsto independente de culpa do motorista; a própria Lei n.º 6.938, de 1981, atinente aos danos causados ao meio ambiente; e a Lei n.º 8.078, de 1990, instituidora do Código de defesa do consumidor - CDC, entre outras.

Mais recentemente, com a edição do Novo Código Civil Brasileiro - NCCB, tem-se: (i) A previsão de que o contrato tenha uma função social, o que implica a proibição do abuso de direito, a exigência boa-fé (inclusive objetiva), do equilíbrio, respeito aos usos e costumes e proteção da ordem pública – pelos termos dos arts. 157, 187, 421, 422, 424, 478, e mesmo os arts. 39, 46 e seguintes, do CDC; (ii) E a previsão da responsabilidade civil objetiva, nos termos do art.927, §1º, do NCCB, e art.12, do CDC; (iii) a responsabilidade por fato de terceiro e por fato de animais (arts.932, 933 e 936); (iv) a responsabilidade empresarial pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (art.931); (v) a responsabilidade decorrente de ruína (art. 937).

É tão clara a opção normativa neste sentido que o art.188, do NCCB, deixa de considerar ilícita a conduta de agente que atua em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido, ou que deteriora/destrói coisa alheia, ou lesiona pessoa, a fim de remover perigo iminente, todavia, o mesmo NCCB, em seu art.929, reconhece ao lesado que não houver concorrido para o perigo referido no art.188, o direito à reparação independentemente de culpa daquele agente que o provocou (mesmo que naquelas circunstâncias). O que o sistema jurídico sob comento está a dizer é que é possível haver lesão de direito de outrem pela prática de ato lícito, e que em tais condições há responsabilidade passível de aferição e ensejadora de reparação, desde que a vítima não tenha dado causa (direta ou indireta) à situação de perigo correspondente.

O art.187, do NCCB, reforça a ideia de responsabilidade empresarial, na medida em que prevê que o titular de um direito, ao exercê-lo excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, configura o cometimento de ato ilícito passível de sanções as mais diversas. Reside aqui alguns fundamentos da denominada responsabilidade aquiliana, em especial a existência de irregulares comportamentos de sujeitos de direitos descumprindo normas jurídicas cogentes preexistentes (STOCO, 2011).

É importante ter presente neste particular os escopos neurais que fundaram a elaboração não só desta norma como de todo o novo Código, a saber, a eticidade, a socialidade e a operabilidade (REALE, 2002). Na perspectiva da eticidade, procurou-se superar o formalismo jurídico que inspirou o Código Civil de 1916, pela influência da jusfilosofia do século XIX, em especial do direito tra-

dicional português e da escola pandectística germânica.

Já sob a perspectiva da socialidade, esta representa a superação do caráter individualista do anterior Código, que era adequado apenas à sociedade brasileira agrária e individualista do século XIX. Para tanto, são utilizados conceitos como a função social, em diversos campos do direito privado. Por fim, o tema da operabilidade visou estabelecer soluções normativas de modo a facilitar a interpretação e a aplicação do novo Código, notadamente através da utilização de cláusulas gerais, cuja aplicação se define no âmbito do fenômeno social das relações jurídicas (atos, fatos e negócios), por especial no âmbito jurisdicional e no caso concreto. Os fins econômicos ou sociais de cada direito, à luz do que dispõe o art.187, do NCCB sob comento, pois, apresentam-se como definidores de seu exercício, indo ao encontro da funcionalização dos direitos subjetivos (MARTINS COSTA, 2001).

O abuso do direito ínsito ao art.187 em análise, como refere Bruno Miragem, passa a ser considerado em vista do exercício dos direitos no âmbito de certas relações jurídicas ainda não previstas pelo Código Civil de 1916, envolvendo não só o interesse imediato das partes, mas também de terceiros, como no caso do abuso do poder econômico (pelos termos, por exemplo, da Lei n.º 8.884/1994). É certo que com o advento do Código de Defesa do Consumidor (veja-se as disposições dos arts. 28, 37, §2º, 39 e 51), este processo se radicalizou mais no Brasil, notadamente no que diz com não se exigir mais a presença do dolo ou da culpa à determinação da abusividade de condutas de sujeitos de direito.

Em termos de Brasil, todavia, a responsabilidade do Estado igualmente sofreu transformações no decorrer do tempo. Nos primórdios de nossa história constitucional, a Carta do Império

de 1824 dispunha, no art. 99, sobre a responsabilidade do Estado da seguinte forma: *A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito à responsabilidade alguma.* Por sua vez, o art. 179, inciso 29, do mesmo Estatuto, regulamentava que *os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente, e responsáveis aos seus subalternos.*

Resulta claro de tal disposição a adoção pela ordem constitucional vigente da Teoria da Irresponsabilidade do Estado, operada pela lógica de que o rei não erra, e isto porque a responsabilização do Estado por seus atos poderia comprometer a soberania do Estado. Assim, os atos ou omissões praticados pelos agentes estatais, que causassem danos aos indivíduos, seriam de responsabilidade exclusiva desses agentes, observado o elemento subjetivo (culpa ou dolo).

Com a promulgação do Código Civil, em 1916, criou-se nova regra de responsabilidade, já que seu art. 15 estabeleceu que as pessoas jurídicas de direito público fossem responsáveis pelos atos de seus agentes, no exercício de suas funções, o que gerou muitas discussões quanto à natureza dessa responsabilidade, se seria subjetiva ou objetiva, isto é, se deveria ser levado em conta o elemento subjetivo (culpa ou dolo) para a caracterização da responsabilidade do Estado, prevalecendo o entendimento – doutrinário e jurisprudencial - no sentido de aplicar a teoria subjetiva.

É de se lembrar, na sequência, que por volta da década de 30 predominava o entendimento de que os atos delitivos que gerassem danos, praticados pelos representantes do Estado que exce-dessem nas suas funções não geravam a responsabilidade do Esta-

do, visto que aqueles perdiam a qualidade de prepostos deste e este não concorria para o evento danoso. Portanto, o agente respondia pessoalmente.

É com a Constituição de 1934 que se vai ter, no âmbito do art.171, a regra da solidariedade do funcionário com a Fazenda Pública. Com tal dispositivo, o ofendido poderia propor ação em face do Estado ou do agente público causador do dano, sendo que a Constituição de 1937 estabeleceu tal responsabilidade no mesmo sentido que a anterior.

Na Constituição de 1946, percebe-se nítida eleição da teoria objetiva no sistema jurídico nacional, notadamente com a dicção do seu art. 194, que atribuía responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público, excluindo a solidariedade de seus agentes, como antes ocorria. As Constituições de 1967 e, depois, a Emenda Constitucional de 1969, nos seus arts. 105 e 107, respectivamente, trataram a matéria da mesma forma.

Por outro lado, se é verdade que a jurisprudência brasileira tem ampliado em muito o âmbito da responsabilidade objetiva do Estado, isto não significa que se possa confundi-la com responsabilidade subjetiva, que ainda continua regulando situações – e não pessoas – nas quais fatos e atos se conformam em modalidades culposas e dolosas. É o caso da decisão seguinte do STF:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. OMISSÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CRIME PRATICADO POR FORAGIDO. ART. 37, § 6º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. Inexistência de nexo causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fugitivo. Precedentes. 2. A alegação de falta do serviço - faute du service, dos franceses - não dispensa o requisito da aferição do nexo de causalidade da omissão atribuída ao poder público e o dano causado. 3. É pressuposto da responsabilidade subjetiva a existência de dolo ou culpa, em sentido estrito, em qualquer de suas modalidades

- *imprudência, negligência ou imperícia. 4. Agravo regimental improvido.* (RE 395942 AgR/ RS. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 16/12/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma) (Grifado no original).

Esta postura de entendimento inibe em muito a possibilidade configurativa desta responsabilidade objetiva, pois transfere a elementos subjetivos de aferição da suportabilidade do ônus pelo homem médio de determinada realidade social a ponto de exigir-se a obrigação do dever de indenizar a quem deu causa àquela situação danosa, esquecendo-se que o fundamento da responsabilidade objetiva está também calcado no chamado dever de diligência das ações lícitas do Estado, o que o obriga a observar as cautelas necessárias e indispensáveis para evitar qualquer dano a quem quer que seja. A posição de Marçal Justen Filho (2006), parece ser mais razoável no âmbito deste debate, quando assevera que

[...] a afirmativa da existência da responsabilidade objetiva deve ser interpretada em termos. Não há responsabilidade civil objetiva do Estado, mas há presunção de culpabilidade derivada da existência de um dever de diligência especial. Tanto é assim que se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, o valor de uma eventual condenação será minimizado (JUSTEN FILHO, 2006, p. 237).

Mas por que a responsabilidade objetiva se aplica à pessoa jurídica, em especial à empresa no mercado das relações de produção, indústria e comércio? É o que se trabalhará a partir de agora.

III – A EMPRESA COMO SUJEITO DE DIREITO E A POSSIBILIDADE DE SUA RESPONSABILIDADE OB- JETIVA

É preciso ter presente para estas considerações o papel que a empresa assume em nível de relações de mercado e em face da Sociedade (historicamente e hoje), considerando principalmente a advertência que desde a década de 1930 Berle e Means faziam, no sentido de que o mercado capitalista tinha a tendência de desenvolver práticas e procedimentos comerciais pouco pautados por princípios éticos e morais (BERLE, MEANS, 1932).

A partir destes elementos percebidos por amplos segmentos e estudiosos do crescimento econômico associado ao desenvolvimento social, surge também a preocupação com o tema do desenvolvimento sustentável – já na década de 1980 -, para o que as reflexões de Freeman contribuíram em muito, notadamente no sentido de advertir para o fato de que a rentabilidade do mercado e das empresas – numa visão de médio e longo prazo – deve se basear em face não só das premissas econômicas, mas também das sociais e ambientais.

Fala-se hoje em ética corporativa, entendida como a promoção da responsabilidade nos âmbitos social, ambiental e financeiro, e da sustentabilidade na relação com clientes, fornecedores, acionistas e comunidade (BATEMAN, 2015). Neste sentido o Instituto Ethisphere, de New York, divulga anualmente uma lista das companhias mais éticas e, dentre os critérios analisados para tal enquadramento, estão a reputação, a capacidade de liderança e inovação das empresas, seus modelos de governança e de responsabilidade

corporativa, sua cultura e qualidade dos programas de ética e compliance.

Daí a importância da chamada Responsabilidade Social das Organizações - RSO, definição forjada pela UNI SIO 26000, sendo que os organismos europeus e internacionais, modo geral, consideram a difusão desta RSO como parte importante da própria agenda política das nações. Tal responsabilidade busca a integração das preocupações econômicas da empresa com as questões sociais e ecológicas conseqüências, envolvendo particularmente às conseqüências ambientais das ações econômicas, o respeito aos Direitos Humanos, à segurança no trabalho, à transparência nas comunicações com os clientes, acionistas e consumidores, etc.

É consenso da doutrina especializada que a edição de Tratados e Convenções internacionais sobre o tema tem auxiliado em muito não só o nível de conscientização dos dirigentes governamentais, mas também da própria população, basta ver o progressivo surgimento de casos e processos administrativos e judiciais denunciando a participação de empresas e suas subsidiárias em negociatas de corrupção com diferentes instâncias de governos federal, estaduais e municipais, em todo o mundo.

Conforme o art.2º, da Convenção de Combate à Corrupção praticada por Servidores Públicos Estrangeiros em Transações Negociais Internacionais (OECD), e o art.26, da Convenção contra a Corrupção (UNCAC), cada Estado Parte restou comprometido a tomar medidas efetivas, de acordo com tais normas cogentes internacionais, para estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção, nas esferas civil, administrativa e penal. Da mesma forma o art. VIII, da Convenção Interamericana contra a Corrupção (ICAC), exigiu que os Estados-Parte proibissem e pu-

nissem atos corruptivos de pessoas físicas e jurídicas. Ou seja, um quadro de responsabilidade corporativa sólido seguramente auxilia com maior efetividade os países a combaterem com maiores chances de sucesso as patologias corruptivas, criando redes de mútua assistência e cooperação (ADEYEYE, 2012).

Mesmo na esfera penal houve avanços significativos à responsabilidade da empresa em matéria de corrupção, basta ver-se as normativas internacionais sobre o ponto, em especial tratando as pessoas jurídicas (empresas) como uma espécie de garantes dos atos praticados por seus agentes, como na Itália, por exemplo, com a edição do Decreto Legislativo nº231/2001, estabelecendo responsabilidade penal da empresa como forma de sensibilizá-la a “prevenire qualsiasi crimine economico all’interno dell’esercizio dell’impresa secondo canoni etici e non contra legem” (DE MAGLIE, 1991, p. 29).

Em termos de legislação internacional se pode citar alguns casos em que se encontra incorporada tal responsabilidade, dentre os quais: (1) a Inglaterra, que admite a responsabilidade da pessoa jurídica por infrações leves ou graves; (2) os Estados Unidos, na maior parte de seus Estados; (3) a Holanda que desde 1950 já prevê a responsabilidade empresarial; (4) a Dinamarca, a Noruega e Islândia tem previsões de responsabilidade da empresa em leis extravagantes, e não no Código Penal; (5) a Finlândia, que teve sua economia dando um salto da produção agrária para a indústria igualmente previu a responsabilidade criminal de pessoas coletivas notadamente para os crimes ambientais; (6) em Portugal também há normas extravagantes que preveem a responsabilidade da pessoa jurídica; (7) na França a mesma coisa, haja vista sua reforma no Código Penal, adotando expressamente a responsabilidade da

pessoa jurídica; (8) a Áustria tem regulamentado em muito a responsabilidade penal das empresas fundamentalmente por infrações econômicas que praticam, tendo relevo no particular sua Lei Federal de Cartéis, de 1972; (9) até o Japão, a partir de 1932, fortemente influenciado pela dogmática jurídica norte-americana, começou a adotar a responsabilidade penal das empresas; (10) a China, mais recentemente (1988) também admite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes econômicos; (11) na América Latina, todavia, ainda é incipiente tal reconhecimento, tendo Venezuela, México, Cuba e mesmo o Brasil reconhecido esta responsabilidade empresarial para os casos de crimes ambientais (SILVA SANCHEZ, 1999).

No Congresso sobre Responsabilidade Penal das pessoas jurídicas em Direito Comunitário que teve lugar em Messina, de 30 de abril a 5 de maio de 1979, restou recomendada a responsabilização das pessoas jurídicas, especialmente se a infração penal violar dispositivo de um Estado-membro da Comunidade Econômica Europeia. No tópico final do documento aprovado, afirma-se que a pena deve ser adaptada à natureza da pessoa jurídica, podendo ser multa, a privação de benefícios, o fechamento da empresa por tempo determinado ou mesmo seu encerramento definitivo (JARA DÍEZ, 2010).

No Chile, por exemplo, tem-se legislação própria de responsabilização penal da pessoa jurídica (Lei n°20.393, de 02/12/2009), e mesmo no Código Penal (art.251, bis), deixando claro que esta legislação deve ser aplicada tanto para o setor privado como para o público (alcançado pessoas físicas e jurídicas). Diz expressamente a norma:

[...] serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero (BASUALTO, 2012).

A despeito das diversas e consistentes posições em contrário a tal responsabilidade penal da empresa no Brasil (e internacionalmente também), concordo com Fernando Rocha quando lembra que esta modalidade não se afigura como total novidade para o sistema jurídico brasileiro, lembrando das hipóteses de responsabilidade indireta ou pelo fato praticado por terceiro (quando esta pessoa não violou diretamente norma jurídico-penal, mas contribuiu de alguma maneira à conduta violadora de outra pessoa), e mesmo nos casos de autoria mediata do crime:

[...] nos casos de autoria mediata sempre ocorrerá também responsabilidade penal por fato praticado por terceiro. Quem executa a conduta material que viola a norma jurídica é o indivíduo considerado instrumento, mas como esse não possui culpabilidade e serve os propósitos do autor mediato, a responsabilidade somente recai sobre o autor indireto. A construção teórica, já antiga, reserva a denominação de autor àquele que domina o fato por meio do domínio da vontade e da conduta do instrumento (ROCHA, 2003, p. 64).

A justiça norte-americana tem aprimorado em muito estes conceitos ao fechar o cerco em relação às empresas que praticam atos corruptivos em seus negócios, notadamente a partir de 2007, chegando a órbita de aproximadamente 5 (cinco) bilhões de dólares arrecadados em multas e acordos judiciais. Um dos maiores acordos envolveu a empresa alemã Siemens, em 2008, por práticas corruptivas, violando tratados e convenções internacionais, assim como legislação local. A partir disto, a Siemens tem gasto desde então mais de 1 (um) bilhão de dólares para mudar sua estrutura de funcionamento em diversos outros países, o que inclusive atinge o Brasil, pois teve de firmar acordo de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por formação de cartel entre empresas do setor metroferroviário à venda de trens e sistemas para o governo do Estado de São Paulo (MANECHINI, 2014).

Há outras empresas, todavia, que optam pelo silêncio e passividade diante das denúncias e investigações de envolvimento com corrupção, como é o caso da francesa Alstom, investigada desde 2008 pelo Ministério da Justiça Brasileiro e Ministério Público Suíço (de 1998 a 2003), em face da denúncia de ter pago mais de 23 (vinte e três) milhões de reais em propinas e subornos a integrantes do governo de São Paulo para viabilizar negócios de seu interesse (ROSSI, FRANÇA, 2003).

Pode-se igualmente falar do caso da Máfia dos Fiscais da prefeitura de São Paulo, envolvendo a construtora com capital internacional Brookfield, cujo principal acionista é um fundo de investimento canadense, no qual esta empresa admitiu ter pago mais de 4 (quatro) milhões de reais a agentes públicos corruptos. O Canadá,

que tem legislação dura sobre tais comportamentos, enviou uma equipe de funcionários para apurar o ocorrido.

A maior parte destes escândalos de corrupção relacionando diretamente empresas do setor privado e setor público, contam ainda com um sistema de justiça moroso e emperrado por várias razões, tanto que o Conselho Nacional de Justiça brasileiro, por exemplo, elabora com o Ministério da Previdência Social (MPS) um projeto de treinamento para ensinar a servidores de cartórios e cartórios formas de prevenir fraudes que envolvam a falsificação de documentos – expediente várias vezes utilizados por pessoas físicas e jurídicas como meio à prática de tantas outras patologias corruptivas. A iniciativa faz parte da chamada Ação 12 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), cujo objetivo é aumentar a segurança do registro civil de pessoas naturais, que inclui certidões de nascimento, casamento, união estável e óbito (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29535-cnj-cumpre-agenda-de-combate-a-corrupcao-e-a-lavagem-de-dinheiro>), 2015).

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Tem-se formado certo consenso de que as diversas e distintas crises globais de mercados, empresas e ciclos sociais têm tornado as medidas de combate às patologias corruptivas mais urgentes do que nunca. Por outro lado, a insegurança econômica e a volatilidade política tem criado inéditas oportunidades à prática de abusos e métodos extremamente sofisticados de violação dos interesses e patrimônio público.

Efetivamente, em especial no que diz com pessoas físicas, no Brasil e no mundo, pode-se afirmar que os sujeitos condenados pela prática de atos corruptivos têm historicamente baixíssima reprobção social no tempo, notadamente quando comparados com pessoas que praticam outros tipos de delitos/ilícitos contra o patrimônio privado, ou contra a pessoa, as quais não sofrem muitas restrições à vida política e institucional.

Não há dúvidas, pois, diante do todo ponderado, da necessidade de se ampliar os níveis e tipologias de responsabilidades da pessoa jurídica quando forem protagonistas de cenários corruptivos, resgatando-se, no particular, aquele modelo de análise da conduta (individual e institucional) geradora de danos a terceiros que leve em conta standards/parâmetros específicos em face das particularidades dos sujeitos envolvidos e dos contextos criados. Por certo que tal perspectiva opera com a lógica de que não há linha divisória absoluta entre culpa/responsabilidade subjetiva e culpa/responsabilidade objetiva, eis que a responsabilidade é sempre uma, variando somente o grau de modelagem e intensidade dela.

É preciso, pois, levar-se em conta os aspectos particulares da culpa e da responsabilidade em face da atividade desenvolvida cotejada com as disposições normativas reguladoras da espécie (as quais criam, em regra, imputações de reprovações de condutas).

No caso da Lei brasileira n.º 12.846/2013, esta foi a intenção do legislador, que a empresa venha a assumir sua função de garante da licitude e regularidade dos atos que leva ao cabo no mundo dos fatos, não importando por quem e por quais razões; até mesmo quando forem lícitas suas atividades provocando danos ao ordenamento jurídico. É por isto que deverão responder, principalmente,

em situações que envolvam cenários de corrupção.

REFERÊNCIAS

- ADEYEYE, Adefolake. *Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations in Developing Countries: Perspectives on Anti-Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BALBI, Giuliano. *I delitti di corruzione. Un'indagine strutturale e sistematica*. Napoli: Jovene, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARCELLONA, V. Pietro. *Diritto privato e processo economico*. Napoli: Jovene, 1977.
- BASUALTO, Héctor Hernández. *Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. In Revista de Estudios de la Justicia – N° 16 – Año 2012. Santiago: REJ, 2012.
- BATEMAN, T. *Thinking about Corporate Social Responsibility*. In The Integra Venture. Disponível em: <http://iintegra.infotech.sk/downloads/83_CSR-Thinking%20.pdf>. Acesso em: 02 março 2015.
- BERLE, A. and MEANS, G. *Modern Corporation and Private Property*. New York: Macmillan, 1932.
- BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). *Código Civil Brasileiro*: promulgado em 10 de janeiro de 2002. 18. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- _____. Constituição (1988). *Constituição federal*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 18. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 395942/AgR/RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+395942%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 03 maio 2016.

- BRIOSCHI, Carlo A. *Breve storia della corruzione*. Milano: Einaudi, 2004.
- C.SALVI-M.VILLONE. *Il costo della democrazia*. Milano: Mondadori, 2005.
- CALABRESI, Guido & MELAMED, A. Douglas. *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*. In Harvard Law Review, nº85, 1089, 1102-05 (1972).
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- COCKCROFT, Laurence. *Venceremos esta Guerra?* In CEO/Exame. Um Mundo mais Ético. Edição 17, Abril de 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014.
- EPSTEIN, Richard. A. *Theory of Strict Liability*. In HeinOnline.2 J. Legal Studies, 151. 1973.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FREEMAN, E.R. *Strategic Management - A stakeholder Approach*. Pitman: Boston, 1984.
- GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. *Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica*. In PUIG, Santiago Mir e outros (org.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – programa de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires: IBdef, 2014.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura*. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica: biblioteca científica de direito civil e processo civil*. Curitiba: Juruá, 2007.
- _____. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- JANSEN, Nils. *Estructura de un Derecho Europeo de Daños: desarrollo histórico y dogmático*. Disponível em: <www.indret.com>. Acesso em: 23 fev. 2015.
- JARA DÍEZ, Carlos Gómez-. *Fundamentos modernos de la resposabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: IBdef, 2010.
- JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Trad. Raul Lima. In Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 38, v. 86, abr. 1941.

JUSTEN FILHO, Marçal. *A responsabilidade do Estado*. In FREITAS, Juarez. (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970.

LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões*. São Paulo: Elsevier, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais*. Brasília: Enfam, 2010.

_____. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

MANECHINI, Guilherme. *A Lei que quer mudar o país*. In CEO/Exame. Um Mundo mais Ético. Edição 17, Abril de 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. V, T. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da 'Ética da Situação'*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. V. 20, Porto Alegre, 2001.

McCARTHY, Leonard e VLASSIS, Dimitri. *É agora ou nunca – a crise global não deve servir de desculpa para postergar a adoção de medidas de combate à corrupção*. In CEO/Exame. Um Mundo mais Ético. Edição 17, Abril de 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?* Disponível em <www.idp.org.br>. Acesso em 10 set. 2009.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Diretrizes teórico-dogmáticas para a interpretação e aplicação do artigo 187 do Código Civil – renovação e possibilidades da teoria do abuso do direito no Brasil*. Dissertação de Mestrado defendida junto ao PPGD/UFRGS, dezembro de 2007.

MORAES, Maria Amália Dias de. *Do Abuso de direito. Alguns aspectos*. In Revista Estudos Jurídicos, n. 43, ano XVIII, Porto Alegre, 1985.

_____. *A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 9 (jul./dez. 2006).----*Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva*. In Estudos em Homenagem ao Professor Celso Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OBIDAÍRO, Simeon. *Transnational Corruption and Corporations: Regulating Bribery Through Corporate Liability*. London: Ashgate, 2013.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- POMAR, Fernando Gómez. *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*. In: *Dret*, n. 1, 2001. Disponível em <<http://www.indret.com>>. Acesso em: 10 ago. 2013.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. T. LIII, § 5.500. Rio de Janeiro: Borsoi, 2003.
- REALE, Miguel. *A visão geral do novo Código Civil*. In *Revista de Direito Privado*, v. 9, São Paulo, 2002.
- RIZZIATO, E. e NEMMO, E. *Un quadro internazionale, europeo ed italiano sulla responsabilità sociale delle organizzazioni con focus sull'etica dello sviluppo organizzativo*. Rapporto Tecnico Cnr-Ceris N 40 del Febbraio 2012.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROSSI, Lucas e FRANÇA, Renan. *Como limpar a barra*. In CEO/Exame. Um Mundo mais Ético. Edição 17, Abril de 2014. São Paulo: Editora Abril, 2014.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 6, vol. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.
- _____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. *A responsabilidade civil objetiva do direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús - Maria. *La expansión Del Derecho Penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Novo Código Civil Comentado*. Organizado por Ricardo Fiuza. Comentários ao art.927. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E A IDEIA DE NÃO PERTENCIMENTO COMO CAUSAS DE FRAGILIDADE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DE ESPAÇOS PARA ABUSOS E PRÁTICAS CORRUPATIVAS

*Eduarda Simonetti Pase*¹

*Caroline Müller Bitencourt*²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os temas abordados neste trabalho são em sua origem já paradoxais. Como escreveu Eric Hobsbawm (2001) em “a falência da democracia”, existem palavras ou expressões às quais ninguém aprecia ver o seu nome associado publicamente a elas, como “racis-

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUP/CAPES, modalidade Taxa, na linha de pesquisa sobre Constitucionalismo Contemporâneo. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: eduarda.pase@gmail.com.

² Doutora em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, da disciplina Teoria do Direito. Professora da graduação e pós-graduação *lato sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: caroline.mb@terra.com.br.

mo” e “imperialismo”. Contudo, há outras palavras ou expressões, como por exemplo, “mães” e “ambiente”, sobre as quais todos ou a grande maioria gostam e manifestam seu entusiasmo. No grupo das primeiras palavras está a “corrupção” e, no grupo das segundas palavras está “democracia”.

A corrupção possui diversos graus de incidência na gestão pública, desde o tráfico de influência, improbidade administrativa até o vício indolente da gatunagem rasteira que desviam valores dos cofres públicos, lesam o erário ou solicitam ou extorquem particulares em razão dos cargos que exercem. É sobre esse viés que busca-se estudar em que grau a corrupção lesa e contribui para a prática democrática, ou seja, à medida que os procedimentos formais são desconsiderados e a capacidade institucional do governo é esquecida, os recursos públicos acabam sendo sugados pelos corruptos, o que irá refletir na falta de recursos para a satisfação das necessidades da população como um todo, que terá por consequência as crises institucionais e o mais grave, a crise na própria democracia.

Assim, pretende-se responder ao seguinte problema: a crise de representatividade e a ideia de não pertencimento podem ser consideradas causas de fragilidade da Democracia e possibilitadores de espaços para abusos e práticas corruptivas, sobretudo, no modelo democrático representativo? Para tanto, objetiva-se trabalhar a ideia de representatividade e legitimidade do atual modelo democrático brasileiro em relação a uma possível crise democrática no Brasil Contemporâneo fomentada pela corrupção sistêmica, abordando em um primeiro momento a ideia de modelo democrático representativo através dos principais elementos fundacionais da representação em uma sociedade complexa. No segundo

capítulo, objetiva-se discutir as possíveis causas que contribuem fundamentalmente para a instauração de uma suposta crise democrática para ao final construir uma possível relação entre crise de representatividade e legitimidade para com a existência de espaços propícios para o desenvolvimento da corrupção.

1 O MODELO DE DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E AS SUAS PRESSUPOSIÇÕES EM UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

A democracia representativa, também chamada de indireta, é aquela em que o povo (um cidadão tecnicamente falando) que compõem um Estado Nação, diante de suas extensões territoriais, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, não podendo dirigir diretamente os negócios do Estado, outorga as funções de governo a representantes que elege periodicamente. Assim, de acordo com a ideia clássica de democracia representativa, a escolha de representantes constitui a base que sustenta a soberania popular. Ou seja, a prática da representação “repousa em um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, consubstanciada na escolha de pessoas que deverão, em nome do povo, exercer o poder, sendo o voto o seu maior expoente”. (ZENI, 2011, p. 38).

Qualquer dos modelos democráticos (representativo, participativo, deliberativo) pressupõem uma sociedade em que seus cidadãos sejam livres e que tenham condições de igualdade para exercer a sua titularidade do poder. Na democracia representativa não é diferente.

Os funcionários devem ser eleitos através de eleições livres, justas e frequentes – livres para que os cidadãos possam ir às urnas sem medo de repressão; justas, para que todos os votos sejam contados igualmente; e frequentes para que os cidadãos possam manter controle sobre o planejamento. (ZENI, 2011, p. 38).

A liberdade de expressão é requisito para que os cidadãos participem da vida política, sendo que a informação é importante para que haja essa interação, porque implica na existência de fontes alternativas e independentes de informação. Já a exigência de associações independentes, fonte de educação e esclarecimento cívico proporcionam ao cidadão, além de informação, oportunidades para discutir, deliberar e adquirir habilidades políticas e públicas.

Entretanto, a democracia representativa não deve e não pode se limitar ao exercício do sufrágio exteriorizado apenas por uma de suas formas, o voto. Isto é, muito além de apenas escolher os representantes periodicamente, o corpo cívico tem o direito de preencher os espaços criados pelo Estado para a continuidade do exercício do poder pertencente ao povo sem que essa titularidade se esgote no processo eleitoral.

Isso porque a participação social, como forma de manter a sociedade próxima às decisões do seu Estado, ou melhor, como a ideia de controle da sociedade civil sobre os atos do Estado, não pode ser pensada como um momento ou acontecimento estanque e apartado das demais ideias de controle institucionalizados, mas sim como importante e essencial componente do exercício da representatividade legítima.

A expressão ‘democracia representativa’ significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira,

são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade. (BOBBIO, 2000, p. 56).

Entretanto, não é por isso que o debate sobre o processo de tomada de decisão dentro do sistema de democracia representativa pode dar-se por encerrado. Impõe-se pensar em formas alternativas para se viabilizar os espaços de participação postos, sem deixar de considerar as particularidades dos atores e as características materiais e subjetivas que lhe identificam enquanto sociedade heterogênea (LEAL, 2009). Nesse estado de coisas, em que pese o distanciamento do cidadão para o espaço de decisão e deliberação, o agir do cidadão deve estar pautado em uma relação entre o respeito da igualdade e o reconhecimento da diferença. Assim, a “luta pela igualdade tem de ser também uma luta pelo reconhecimento da diferença”. (SANTOS, 2007, p. 62-63).

Assim, dentro de um sistema representativo, é pressuposto do exercício do poder uma cidadania ativa³, a qual para ser exercitada também irá depender da real interação e compartilhamento entre espaço público, administração e cidadão. Essa interação irá se refletir na identificação entre representantes e representados, onde a ausência do representado legitima o agir do representante.

³ A ideia de cidadania ativa remete aos tempos onde cidadania ativa significava ter participação na vida pública. Com o Estado Liberal, essa ideia de cidadania desintegrou-se e se passou a falar em cidadania ativa e cidadania passiva (hoje, sabe-se que os termos cidadania ativa e passiva possuem significados próprios, mas que não se confundem com o sentido dado aos termos nessa parte do texto), significando a cidadania ativa a participação na vida pública, ou seja, uma espécie de cidadania censitária e, cidadania passiva destinada aos demais indivíduos da sociedade liberal que eram apenas destinatários de direitos (todos eram cidadãos na esfera privada – mercado), mas que não gozavam da liberalidade de participação na vida pública. E, é a ideia de cidadania plena que se pretende resgatar, isto é, relembrar que, o termo cidadania quando do seu “surgimento” tinha por fundamento e justificação a participação, dos indivíduos cidadãos, na vida pública sem se pensar em formas de exclusão de tal participação. Ainda que não seja possível a concretização de tal ideal, mostra-se necessário relembrar alguns conceitos para se refletir o que significa a ideia contemporânea de cidadania a partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, especialmente no modelo democrático representativo brasileiro.

Entretanto, essa ausência não poderá ser total, pois o representante ainda que atue na ausência do representado deverá lidar com a presença dessa ausência. Entende-se que, em que pese o representante sempre atue com limite no pano de fundo do agir democrático que é a própria ideia de Estado Democrático de Direito, a ausência do representado no exercício do poder pelo representante pode significar a total independência deste na sua ação. O que, de certo modo, pode ser uma das causas do déficit do modelo representativo, isto é, a crise de representatividade.

Assim, é importante que ao se discutir os problemas do sistema político representativo, pactue-se semanticamente sobre o que significa representação política para um sistema democrático, ou seja, se a representação libera o cidadão de qualquer participação ou se justamente o contrário, isto é, se o modelo representativo, embora o povo “indiretamente exerça o poder”, pressupõe uma sociedade também engajada e consciente do significado dos papéis de representante e representado. De outra forma, “a redefinição do conceito em questão inicia no reconhecimento de que o problema da representatividade é seu déficit de democracia, o que a leva a investigar a relação entre representação e democracia”. (ZENI, 2011, p. 41). Ainda, “representação é a instituição que possibilita à sociedade civil identificar-se politicamente e influenciar a direção política do Estado, transformando, assim, o social em político”. (FEREZ JÚNIOR; POGREBINSCHI, 2010, p. 141).

Longe de ser superado, o modelo democrático representativo precisa ser aprimorado e lembrado para não incorrer-se na separação entre representantes e representados, apontada por Ferez Júnior e Pogrebinschi.

[...] a partir do momento em que as eleições tornam-se um requerimento indispensável de legitimidade política, o Estado e a sociedade passaram a ter suas esferas de ação separadas, como objetos de constante reajuste e negociação. Desse modo, a representação espelhará a tensão existente entre o Estado e a sociedade, e, mais do que isso, refletirá as ideias e opiniões dos cidadãos a respeito da relação existente entre essas duas esferas. (FEREZ JÚNIOR; POGREBINSCHI, 2010, p. 141).

O modelo representativo contribuiu e ainda possui muito a oferecer para o desenvolvimento de uma sociedade. Daí porque se insistir na pressuposição de uma participação cidadã, uma vez que entende-se ser esta não o fim, mas o meio pelo qual o cidadão poderá preencher os espaços públicos de discussão que lhe assegurem a sensibilidade, a responsabilidade e a apropriada prestação de constas por parte dos seus representantes e, em decorrência, do próprio Estado⁴.

2 POSSÍVEIS CAUSAS QUE CONTRIBUEM PARA O DÉFICIT REPRESENTATIVO DEMOCRÁTICO

Não há como não lembrar a forma de desenvolvimento político que o Brasil conheceu desde os tempos da Coroa Portuguesa e o aspecto especialmente elitista que vigorou no país desde o início da República. Vendo sob tal aspecto, é inegável que se reconheçam os inúmeros avanços ao se pensar em exercício da cidadania por parte da população. Contudo, não há que se cerrar os olhos para os ainda existentes desafios que caracterizam os espaços de tomada de decisão, carência de controle e de exercício da democracia.

⁴ Sabe-se dos desafios e problemas enfrentados pelo modelo representativo e também do seu desgaste diante da constante mutação social. Nesse aspecto indica-se que a crítica e a análise sobre a crise de representatividade serão tratadas no item 2 deste trabalho.

Assim, é importante pensar como sugere Leal que, no Brasil, a administração pública tem se pautado por certa indiferença em relação às aspirações e demandas da sociedade em decorrência de suas “práticas oficiosas, gerida por corporações que se apoderam do Estado e o transformam em aparelho ou instrumento de seus interesses privados” (LEAL, 2006, p. 68). Por conta disso, não se pode olvidar do preço que o cidadão tem pago por, de certa forma, ter aceitado o seu afastamento da esfera pública na qual está inserido ou ainda, deixar que essa esfera pública se torne uma esfera privada, na esperança do servir-se do Estado sem atentar para os resultados decorrentes desse afastamento social.

A partir daqui, impõe-se o acatamento da diferença e do pluralismo do universo de interessados/alcançados pelas políticas públicas levadas a cabo pelo Estado Administrador e, com isto, garantir a diversidade, buscando a unidade na gestão dos interesses e bens assegurados pelo sistema jurídico vigente, rompendo com a fatispécie autoritária de poder e de modelo de Estado burocrata e decisor, até então hegemônica na formação dos quadrantes administrativos da coisa pública no Brasil. (LEAL, 2006, p. 69).

Sabe-se que o Brasil é marcado por uma cultura burocrática que no mais das vezes se torna avessa à ideia de participação cidadã. Mas sabe-se também que certo grau de mecanismos burocráticos é essencial para o funcionamento do aparelho estatal, pois conferem sensível organização ao processo de administrar. Isso tudo acaba se associando ao argumento de que a complexidade da administração pública dificulta a participação social. Nesse aspecto, concorda-se com Leal quando refere que as razões de justificação desse argumento são de caráter ideológico e se encontram em argumentos endógenos e exógenos (LEAL, 2006).

Segundo o autor, extrai-se que

os argumentos endógenos trabalham com a ideia (sic) de que o tema da administração pública possui um grau de complexidade e especificidade que vai desde a sua dimensão gramatical/linguística (sic) até a sua operacionalização, eis que conta com um universo categorial tão próprio e pontual que só é alcançado pelos já iniciados em sua ciência, deixando os incautos cidadãos comuns do povo sem compreensão sîgnica dos seus enunciados e discursos, o que inviabiliza, por consequência (sic), a compreensão de suas práticas, eis que decorrência da operacionalização daqueles conceitos e discursos. Em tal cenário, o que resta à sociedade é, tão somente, avaliar os resultados das ações e políticas públicas, sendo-lhe vedada o atingimento dos níveis de discussão e deliberação sobre a concepção/eleição daquelas ações e políticas – questões restritas às instituições competentes. (LEAL, 2006, p. 70).

Ou seja, os adeptos a esse argumento sugerem que a administração pública deve ficar mesmo com os já iniciados na atividade e que a sociedade civil não há o que contribuir para o processo de tomada de decisão, uma vez que não estaria preparada para entender e se valer de toda a tecnicidade da atividade administrativa, sem lembrar que a ideia de representatividade pressupõe também que os representados conheçam e entendam as ações dos representantes. No ponto, poderia se pensar, por exemplo, nas inúmeras ações que versam sobre o tema da improbidade administrativa em que uma das teses de defesa dos réus gira em torno de que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o administrador inepto, mas sim o administrador desonesto⁵. Sem entrar no mérito sobre a Lei de Improbidade, mas atendendo especificadamente ao argumento da jurisprudência, levemente poderia se pensar que,

⁵ A título de ilustração do exemplificado, indica-se a análise dos votos divergentes da Apelação Cível n° 70056807449, julgada pelo Tribunal de Justiça Gaúcho.

em decorrência da complexidade e especificidade que envolve o aparelho estatal, o cidadão comum estaria afastado de participar do corpo administrativo estatal, porque, em sendo assim, não se poderia sequer admitir a possibilidade de um indivíduo inexperiente concorrer a qualquer cargo eletivo, já que, uma vez esse indivíduo vindo a praticar um ato improbo, a própria administração estaria impedida de buscar a correção do dano pelo próprio argumento que visa impedir a participação social na gestão administrativa e que acaba por gerar um dos déficits do modelo representativo. Isso, pois, segundo tal pensamento, a complexidade da administração pública, como visto, vai além da dimensão gramatical, atinge até a sua operacionalização, o que, portanto, com um universo categorial tão próprio e pontual deixaria o incauto cidadão comum sem a devida compreensão dos seus enunciados e discursos.

Ainda, conforme sugerido pelo autor, os argumentos exógenos

versam sobre a ideia (sic) de que a participação social na gestão da coisa pública encontra limites cognitivos e institucionais, sendo os primeiros, demarcados pela impossibilidade de a comunidade política ter discernimento pleno dos temas em que estão envolvidos no âmbito da administração pública, eis que destituída de conhecimentos adequados para tanto. Em sequência (sic), temos os delimitados pela falta de organicidade institucional e política desta comunidade, capaz de lhe outorgar uma compleição física e institucional mínima para se mover e agir representativamente. (LEAL, 2006, p. 70).

Quando aos argumentos exógenos, há que se referir que a capacidade de mobilização e organização social, ainda que não suficiente nos atuais moldes, proporcionou um processo de conscientização política ainda que de forma gradual e não ainda totalmente

desenvolvida. Tais movimentos buscam, sobretudo, decifrar os códigos tidos por fechados e característicos da administração pública.

Assim, por conta do crescente e diversificado número de demandas que o Estado passou a receber vindos da sociedade civil, a fórmula adotada para dar respostas para tais reivindicações sociais

foi a da constituição de um *aparato burocrático* responsável por responder às pretensões sociais cuja característica é a de ser um *poder que se organiza verticalmente do alto para baixo*, contrapondo-se, assim, ao modelo democrático de um *poder que se eleva da base para o topo*. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 107. Grifos no original).

Ademais, tais argumentos são considerados por Leal como ficção ideológica, e possuem por intenção tão somente “excluir do processo de cognição, compreensão, interlocução, deliberação e execução das ações consecutórias, os não iniciados, criando um feudo linguístico (sic) a partir do qual se exercitam as arbitrariedades de poder”. (LEAL, 2006, p. 72).

No entanto, esse trabalho busca identificar e trabalhar com alguns dos principais elementos sociais que contribuem para a existência desses desafios que consomem de certa forma a vitalidade que a comunidade tem em um Estado Democrático para também gerir e administrar em regime de cooperação. Para isso, acredita que o cenário de apatia social que marca boa parte da história da cidadania brasileira não pode levar a uma total incredulidade ao ponto de se abandonar as tentativas de se resgatar a atividade desses cidadãos. Assim, continua-se postulando pela “principal promessa da modernidade: a razão emancipadora, eis que, até aqui, o que temos visto imperar é, fundamentalmente, a utilização instrumental e estratégica da razão [...]”. (LEAL, 2006, p. 69). É

sobre o tema do paternalismo estatal e a deficiência na participação política como um desafio ao modelo democrático representativo que se busca abordar o próximo ponto.

2.1 O paternalismo: a cultura da não participação e a apatia política

No Brasil, a cultura política paternalista e de centralização do poder fez surgir a ideia de que a comunidade será beneficiária das instalações e dos serviços prestados pelo Estado de forma natural e gratuita. A apatia política em setores significativos da sociedade é lamentável em uma democracia que se pretende inclusiva, dado que os interesses e as opiniões relevantes, sem que sejam expressados e debatidos, não serão consideradas. O incremento no grau de participação política não deveria sobrecarregar o sistema com demandas intermináveis, deveria, ao invés, poder conceder às pessoas um sentido de responsabilidade em tornar explícitas as suas preocupações e necessidades. Assim, uma vez reconhecidos os desafios, os cidadãos, juntamente com o Estado, devem procurar solucioná-los. Neste ponto é que a participação nos espaços de discussão, por exemplo, serviria como atenuante do abismo que existe entre o governo (Estado) e a sociedade civil, sob pena de se incorrer na formação de uma sociedade formada por “homens-massa”, na concepção de Gasset.

Na visão do autor, é possível dizer que

o homem-massa jamais teria apelado para qualquer coisa fora dele se a *circunstância* não o tivesse forçado violentamente a isso. Como as circunstâncias

atuais não o obrigam, o eterno homem-massa, de acordo com a sua índole, deixa de apelar e se sente senhor de sua vida. (GASSET, 2002, p. 95. Grifos no original).

Ou seja, com o início do estado do bem estar social, o homem revolucionário acabou por acomodar-se e a se sentir protegido pelos benefícios concedidos pelo Estado, os quais foram resultado das constantes lutas travadas durante os anos que antecederam a instauração de um Estado Democrático de Direito. Com esse movimento, o Estado agigantou-se novamente e a memória social foi se esvaindo com o decorrer do tempo, ao passo que os novos indivíduos que sucederam as gerações revolucionárias tomaram o posto, ou seja, o existente ao seu tempo, como algo natural e não decorrente de nenhum processo de democratização e luta por implementação de direitos básicos. Isso, segundo o autor possibilita indicar o desenho psicológico característico do homem que necessita de reinserir na esfera pública da qual é titular, para que não se incorra em uma “radical ingratidão para com tudo que tornou possível a facilidade de sua existência” (GASSET, 2002, p. 90), como alerta o autor.

É por conta desses fatores que se entende que o fim de um modelo de Estado paternalista e centralizado pode abrir caminhos para que a própria sociedade reinserida na esfera pública democratizada proponha respostas criativas em todos os níveis de governo, sobretudo para que visem fechar os espaços de possível desvirtuamento, seja através do setor privado, por organizações não governamentais, através dos próprios Conselhos de Políticas Públicas ou até mesmo de forma individual pelo próprio cidadão, na garantia da lisura dos processos de tomada de decisão, isto é, na busca por decisões públicas que observem os pressupostos discurs-

sivos racionais, diminuindo a fenda que se põe entre representantes e representados.

2.2 A crise de representatividade e o sentimento de não pertencimento

O Constituinte Originário brasileiro não pensou no seu sistema de governo democrático sem também pensar na instituição dos partidos políticos. É como se, no Brasil o Constituinte não tivesse pensando em Democracia sem partidos políticos, uma vez que é eminentemente um modelo representativo. Os partidos são “vistos como *corpos intermediários*, ou seja, instituições ou coletividades que se colocam entre o indivíduo isolado e o poder público”. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 173. Grifos no original). Entretanto, o modelo representativo caracterizado especialmente pela representação política a partir de indivíduos vinculados a partidos políticos, uma vez que no Brasil não se admite a candidatura avulsa⁶, incorreu no não cumprimento da promessa que originariamente propôs, qual seja, “uma representação dotada de liberdade de atuação, podendo decidir os temas que lhe fossem propostos a partir dos interesses gerais da comunidade” (STRECK; MORAIS, 2001, p. 106), tendo entre outros fatores a formação precoce da democracia brasileira como causa.

Assim, considerando as promessas do modelo representativo de democracia, pode-se observar que algumas delas não foram totalmente implementadas, o que, por sua vez acabaram por gerar

⁶ Conforme artigo 14, §3º, III combinado com artigo 17 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

um certo desgaste desse modelo. Por exemplo, quando se volta o olhar para os espaços de tomada de decisão, “para os quais previa-se um processo que partisse da base dos interessados – poder ascendente – e não, ao contrário, se caracterizasse inversamente pela produção de decisões técnicas” (STRECK; MORAIS, 2001, p. 106), decisões estas, nas quais a “racionalidade está arraigada em pressupostos tecnoburocráticos, e não em pretensões políticas”. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 106).

Outro ponto a ser observado e que contribuiu para a denominada crise de representatividade do Estado Moderno é o pleito pelo sufrágio universal, pelo qual buscava-se a ampliação do número de locais onde as decisões deveriam ser tomadas visando implementar a participação popular no processo de escolha dos representantes. Em que pese a importância dessa extensão do sufrágio, os autores acima citados destacam que a atuação se pautou em um dever social,

o que inviabiliza a consolidação de um processo de participação política calcado no ideal da conscientização da cidadania, ocasionando assim uma perda de sentido no projeto de *educação para a cidadania* que privilegiasse a opinião consciente em vez da troca de favores. Ou seja, a prática democrática pressuposta na base da cidadania ativa acabou por ser submetida a uma total apatia participativa. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 106. Grifos no original).

No mesmo sentido, Leal adverte que

o modelo de democracia representativa clássica da Idade Moderna, fundado na ideia (sic) de representação política total, não conseguiu se desincumbir, com total êxito, das suas tarefas sociais e populares, transformando-se, muito mais, em espaços de composição de interesses privados, apropriando-se do Estado e imprimindo-lhe feições meramente intermediativas dos projetos econômicos he-

gemônicos – por vezes agindo como gerenciador de tensões sociais limítrofes, promovendo ações públicas paliativas e assistencialista, meramente contingenciais, sem tocar nas causas fundantes destes conflitos. (LEAL, 2006, p. 71).

Dentro do campo de análise sobre a representação por pessoas eleitas, Hirst ilustra dizendo que “grande quantidade de pesquisas em ciência política mostra que os eleitores não dão muita atenção às “promessas” políticas específicas dos partidos. Escolhem partidos e líderes partidários e se identificam com eles” (HIRST, 1992, p. 34), embora faça a ressalva de que de um modo geral, esses eleitores que buscam escolher os seus líderes usando o critério de identidade, estão mal informados sobre as suas propostas políticas. E é nesse aspecto que pode-se indicar mais um fator que colabora para a crise do modelo representativo de democracia, qual seja, a necessidade do controle do poder. Considerando que o controle do poder existe em relações desiguais e que a sociedade moderna é complexa é que o ideal democrático pretendeu constituir para a tomada de decisão um espaço de ampla visibilidade, isto é, “com suporte na ideia (sic) de que as decisões públicas devem ser tomadas em público, onde a transparência deveria ser a tônica”. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 106).

Aqui se expressa a crítica ao modelo representativo. Isso, porque, conforme os autores, “o que se observou foi a ampliação de espaços decisórios imunes ao olhar do cidadão, fugindo, assim, ao controle público do poder” (STRECK; MORAIS, 2001, p. 106), tornando o cidadão representado um mero espectador da ação dos seus representantes, contribuindo dessa forma para o afastamento daquele da esfera pública de deliberação. Ou seja, a representação passou a ser total dentro de um modelo que deveria ser indireta. Assim,

tais fatos levaram este modelo a uma crise de identidade (porque não se sabe à quem representam), de eficácia (porque sequer respondem por suas competências normativas) e de legitimidade (porque não são mais refratários às demandas sociais emergentes, agregadas e reprimidas). (LEAL, 2006, p. 71. Grifos próprios).

As conseqüências que decorrem desse processo de desgaste de um modelo democrático promissor fazem com que se reduza a participação social no processo de tomada de decisão ao exercício do voto e, dependendo da forma democrática adotada, complementem-se com algumas formas de democracia eminentemente participativa transvestidas na forma de democracia direta, como é o caso do Brasil ao estabelecer o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. Não obstante, é comum que com esse abismo que se forma entre representantes e representados, aqueles eleitores que outrora escolhiam os seus líderes baseados no critério de identificação percam também tal critério, pois representantes não sabem a quem representam e representados não conseguem identificar por quem são representados.

Mas não apenas por isso, pois a crise da representatividade também ocorre na falta de legitimidade das decisões tomadas pelos representantes. Pois qual é o objetivo da democracia senão legitimar o processo de tomada de decisão e a própria decisão, observando-se as condições estabelecidas no processo de formação da mesma? Para que uma decisão seja justa, ela precisa ser legítima. E para que seja legítima precisa ser produzida dentro de um procedimento racional.

Assim é que mais uma vez na perspectiva dos argumentos endógenos e exógenos anteriormente tratados e vistos em Leal (2006), é que se coloca o problema da legitimação para a tomada de decisões, uma vez que o projeto democrático que equivocada-

mente se baseia em tais argumentos é, segundo Streck e Morais, antitético ao projeto tecnocrático, ou seja,

enquanto aquele [antitético] assenta-se em um *poder diluído/disperso*, onde *todos podem decidir a respeito de tudo*, neste [tecnocrático] apenas aqueles iniciados nos conhecimentos técnicos envolvidos podem tomar decisões. Surge, aqui, o dilema que *contrapõe a decisão política à decisão técnica*, o poder diluído, próprio à democracia, ao *poder concentrado*, característico da decisão tecnocrática. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 107. Grifos no original).

Na verdade, a crise da representação é decorrência de uma crise maior da própria política que, em se tratando de modelo representativo, expressa-se pela perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na administração estatal, no legislativo e de certa forma até no poder judiciário (WOLKMER, 2001). Aqui é possível se trabalhar com a ideia de O'Donnell (1991) que observando os movimentos na América Latina identificou que o modelo representativo nos países periféricos não era realmente representativo, mas tinha características de uma delegação.

Nesta perspectiva, Wolkmer (2001) apresenta a ideia desenvolvida por Delgado (1998, p. 132-134), o qual elege seis causas diversas para elucidar a crise de representatividade. Para o autor, os principais fatores da crise encontram-se:

(a) nos sucessivos descumprimentos dos programas; (b) no fenômeno da corrupção da classe política; (c) no declínio de vastos setores sociais; (d) na complexidade das demandas e na especialização técnica; (e) na crise dos grandes discursos de legitimação e, finalmente, (f) na influência dos meios de comunicação.

No que se refere ao primeiro aspecto levantado pelo autor, isto é, referente ao descumprimento das promessas eleitorais, sugere que “além do esvaziamento do valor dos mandatos políticos, cada vez mais cresce a distância entre as propostas programáticas prometidas e as decisões políticas que realmente são tomadas”. (WOLKMER, 2001, p. 87). No tocante ao segundo aspecto, “a corrupção que toma conta da classe política atravessa os detentores do poder, favorecendo a emergência de uma ética [...] da irresponsabilidade e da hipocrisia”. (WOLKMER, 2001, p. 87-88). Sobre o declínio de vastos setores sociais, o autor indica que o que contribui para a crise de representatividade é a “deterioração das condições sociais e a exclusão de grandes parcelas da população” (WOLKMER, 2001, p.88), ou seja, o culto pela não participação social nos processos de deliberação pública e tomada de decisão que, como anteriormente mencionado, não legitimam a decisão vinculante. Daí porque ser possível a sugestão de implementação do modelo deliberativo de democracia para fechar os espaços vazios que o modelo representativo possui, pois deve-se ter presente que o objetivo em se alertar para a crise do modelo democrático representativo brasileiro não é superar tal sistema, mas sim complementá-lo para que as decisões públicas sejam tomadas com base em procedimentos racionais e justos.

Por fim, o autor indica a influência que o sistema representativo sofre através dos meios de comunicação. A sua crítica neste ponto é sobre o fato de que tais meios “nem sempre expressam os intentos e as necessidades da sociedade em geral, mas, na maioria das vezes, reproduzem os interesses dos detentores do capital e dos grupos hegemônicos” (WOLKMER, 2001, p.89), valendo-se assim do seu alcance para promover-se a si próprios e aos seus pro-

jetos específicos sem contribuir significativamente para a formação da opinião pública, isto é, sem contribuir para o debate essencial dentro de um sistema democrático que se pretende inclusivo⁷.

Portanto, em se constatando que o atual modelo de democracia que rege a forma de exercício do poder político no Brasil possui espaços abertos, os quais são propensos a graves crises estruturais, é imperioso se pensar em alternativas para se resgatar o ideal democrático de uma sociedade que pactuou a escolha de um Estado Democrático de Direito por meio de formas fundadas em uma racionalidade diversa do Estado centralizador. Ou seja, trata-se do desenvolvimento das instituições políticas com fim de integrar os sujeitos emergentes que formam a esfera pública, considerando as variáveis da sociedade complexa a fim de se diminuir o desenvolvimento de sistemas corruptivos, tema este que será abordado na sequência.

3 POSSÍVEIS ESPAÇOS PARA A PRÁTICA DE ATOS CORRUPATIVOS DENTRO DO MODELO REPRESENTATIVO DE DEMOCRACIA

Em decorrência dos elementos que contribuem para a crise do modelo democrático representativo trabalhado anteriormente é que se chega na necessidade de se abordar de forma mais aprofundada a causa/consequência, talvez, mais séria e devastadora do ideal democrático e dos alicerces de um Estado. A partir dessa

⁷ É importante esclarecer que os fatores elencados por Delgado e trazidos por Wolkmer foram usados para ilustrar a complexidade sobre os pontos que contribuem para o desgaste do modelo representativo de democracia, sem que se possa pensar que o debate e aprofundamento sobre os aspectos levantados seja assim superficialmente encerrado.

perspectiva, alerta-se, desde o princípio, que são várias as espécies de custos gerados pela corrupção, inclusive alguns sem possibilidade de aferição, dependendo dos bens jurídicos imateriais que poderá lesar, como é o caso, por exemplo, de atos que firam questões como a probidade administrativa, moralidade pública, a confiança nas instituições democráticas e, como alertado até aqui, na própria representação política.

Um dos pontos que contribui para o desenvolvimento de comportamentos corruptivos é a formação de áreas de nebulosidade no exercício do poder público, áreas estas que servem de perfeito terreno fértil para o arbítrio e malversação do patrimônio público. Mas a corrupção não se limita a isso. Ela vai além e corrói ainda mais as estruturas de uma sociedade, pois, um sistema político com alto grau de corrupção chega às raízes que mais deveriam permanecer preservadas dentro de um sistema representativo – os vínculos de confiança que unem os cidadãos aos seus representantes, ou seja, fere-se a confiança entre a cidadania e as instituições representativas da Democracia contemporânea.

[...] a corrupção não provoca somente fossos agudos nos orçamentos públicos, mas produz déficits democráticos incomensuráveis, basta ver os falseamentos que opera no processo eleitoral e no sufrágio, por exemplo, mecanismos procedimentais por excelência dos regimes democráticos, gerando vínculos de clientelismo e dívidas de favor entre mercado e sistema político que perduram no tempo, com estragos violentos em toda a seara administrativa e de políticas públicas (LEAL, 2016, p. 181).

Além de tais deficiências geradas ou agravadas pela alta densidade corruptiva, outra importante ferramenta e elemento funda-

cional de um Estado Democrático também atingido e fragilizado pela corrupção é a transparência para com os atos da gestão pública. A ofensa à transparência vai ao encontro do que se trabalhou até aqui, isto é, justamente por ser um elemento fundacional da ideia de democracia e exercício da cidadania é que a transparência é tão cara e essencial à democracia, pois para que seja viável o controle do poder estatal, o elemento mínimo que deve existir é o acesso e conhecimento compreensível da atuação estatal. Para que os cidadãos possam participar e controlar os seus representantes, a transparência e informação são imprescindíveis para o exercício desse controle.

É ao se pensar nas possíveis “vítimas” da corrupção que irá se perceber a patologia sistêmica em que se configurará, pois os efeitos das ações corruptivas são muito mais difusos do que individuais, isto é, atinge-se essencialmente a coletividade do que um indivíduo apenas. Tal percepção difusa provoca danos no funcionamento da própria Democracia, considerando-se a proporção de fatos para a proporção de investigações exitosas e a respectiva e paradoxal ideia de punição ou impunidade. Não obstante, ao se trabalhar com a ideia de corrupção sistêmica, há que se reconhecer que o problema também se encontra “no fato de que os agentes da corrupção em regra estão associados a muitas outras pessoas, físicas e jurídicas, públicas e privadas, e conseguem com isto adaptar-se às ações do Poder Público” (LEAL, 2016, p. 184), o que evidencia a “capacidade de aprimoramento constante, utilizando inclusive técnicas e métodos altamente sofisticados para minimizarem o controle estatal” (LEAL, 2016, p. 184). Diante desse quadro adoecido, um dos efeitos, senão o principal e do qual partem os demais, é justamente o desenvolvimento de uma Democracia

Enclausurada⁸, na qual predominam as questões que permeiam a corrupção como a predominância dos interesses corporativos sobre o público.

Há uma leitura estranha senão equivocada do que seja o interesse democrático em tempos de corrupção sistêmica no Brasil. Ao se deparar com tais questões, percebe-se que o problema é muito mais sério do que a corrupção engendrada por A ou por B. Fica claro que o problema é a ruína para que se encaminha o sistema representativo⁹ brasileiro e que precisa ser evitado. O Estado Constitucional Democrático de Direito não existe e não está posto como se fosse frutos ou folhas que dão em árvores, mas constituiu-se em um processo que se movimenta e se altera no tempo. Essa ideia de processo somada com o ideal democrático é que precisa ser resgatado em uma democracia representativa que se encontra desgastada, sob pena de não se avançar de uma democracia delegativa¹⁰ para uma, de fato, democracia representativa entendida nos fundamentos do que significa ser representativa. Ou seja, “**é necessário** se progredir no modo de governar, para um modo que seja democrático tanto na forma como na substância, sendo necessário capacitar as pessoas para influenciarem as decisões que afetam suas vidas e para responsabilizarem os seus governantes”

⁸ Expressão utilizada por Manoel Adam Lacayo Valente (2006).

⁹ Por exemplo na votação sobre a admissibilidade do processo de impedimento da Presidente da República pela Câmara dos Deputados, o professor do programa de pós-graduação de ciência política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Rodrigo Gonzalez ao comentar o alto número de presenças dos deputados federais na sessão de votação acredita que, em um momento de polarização, um abandono do plenário seria difícil de ser justificado. “Não só o deputado está perdendo sua visibilidade, como vai ser condenado por ter fugido da raia”. No mesmo sentido comentou Jorge Almeida, da UFBa, onde para ele, a presença maquiada de deputados na votação na Câmara foi fruto da cooptação, distribuição de recursos e de cargos. “Foi um processo muito rebaixado do ponto de vista político. O Congresso virou uma feira de varejo. Grande parte dos votos foi fruto de interesses particulares” (CRISTALDO, H. VERDÉLIO, A., 2016).

¹⁰ Expressão utilizada por Guillermo O’Donnell (1991).

(VALENTE, 2006, p. 27), e permitir visualizar e admitir que a representação política, hoje, concorre com engenhos como os anéis burocráticos e os arranjos corporativos.

Ademais, consoante expõem Streck e Moraes (2001), a representação política em países de tradição liberal patrimonialista e de implantação artificial do ideário burguês, como é o caso do Brasil, é uma instituição em crise e que enfrenta dilemas de árdua superação. Ainda, com relação ao representativismo é possível tecer uma crítica no sentido do contexto de aferição substancial e não apenas enquanto forma de regime político da democracia. Isso fica claro quando se admite sem discussões que a democracia não se restringe ao universo da legitimação eleitoral, no caso, pelo critério da maioria. Isto é, estabelecem-se tais procedimentos para guardar racionalidade e controle ao sistema sem que os fins se esgotem neles. Como sugere Valente (2006), “a democracia substancial requer a legitimação do seu arcabouço constitutivo, que depende da razoabilidade argumentativa do discurso político ou, dito de outra maneira, depende do modo como as questões políticas são articuladas, justificadas e compreendidas pela sociedade” (VALENTE, 2006, p. 25). Ou seja, retornando ao objeto deste tópico, a corrupção encontrará espaços para se desenvolver justamente quando não se verificarem as condições mínimas de exercício democrático do poder por parte dos legitimados para agir, bem como ao se ter justificadas e compreendidas no seio social as práticas que não observem os procedimentos de execução dos atos.

Por fim, a ideia de espaços para prática de atos corruptivos pode ser indicada pela necessidade de se construir as bases sociais de um sistema representativo democrático a partir de uma organização racional dessa sociedade, sem deixar essa organização

racional ser ultrapassada pelo problema posto da complexidade mundial/social. Da mesma forma, ao pensar na atividade administrativa, será necessário trabalhar-se com o fato de a administração ainda não ter se tornado suficientemente independente da política e não ter como se tornar, pois são questões que se retroalimentam dentro da noção de sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das premissas expostas no decorrer do estudo, pode-se perceber que o processo de desenvolvimento democrático pressupõe uma relação entre o processo de democratização da sociedade e processo de transformação desta mesma sociedade. Isso implica dizer que esse processo de democratização do poder e da própria sociedade é permanente e longo, o qual deverá ser mediado pela linguagem e comunicação política que inclua e se abra para a atuação do cidadão e também pela interação dos valores da esfera social que se encontram as instituições políticas.

Viu-se a essencialidade da garantia dos procedimentos dentro de um modelo de Estado democrático representativo e, por sua vez, a importância de se resgatar o sentido de representatividade dentro desse modelo, afastando a simples afirmação de que a democracia representativa se esgota no exercício do sufrágio pelo eleitor. Se assim for, ou seja, se a sociedade depois de escolher os seus representantes se afastar do seu controle, inevitavelmente incorrer-se-á nos problemas elencados no decorrer do trabalho, contribuindo assim para a instauração do descrédito do modelo representativo e na falta de fé nas instituições democrática que

são tão caras para as sociedades como o Brasil.

Não obstante, o eleitor despolitizado e também o politizado dá o seu aval para o processo de instauração das práticas corruptivas no âmago da gestão pública ao crer em promessas irrealizáveis, como por exemplo, acabar com a fome no Brasil ou dar acesso à educação superior para todos os brasileiros, as quais são divulgadas através de artifícios discursivos “desvirtuados”, numa espécie de maquilagem verbal que engana e convence como algo real e verdadeiro. Uma vez posto o cenário é como se um sujeito fosse ao açougue e aceitasse pagar preço maior do que o tabelado pelo quilo da carne. Na representatividade doente a sociedade aceita o custo elevado da sua ausência, anuindo ser governado por alguém inferior. Aceitar esse preço é pagar com os valiosos ínsitos à democracia e comprar carne, inclusive, já deteriorada.

Portanto, a resposta para o problema proposto, assim como as questões que envolvem o tema não pode ser tida como estanque e esgotada. Os elementos indicados no estudo devem ser tidos como indicadores de um cenário a ser enfrentado também sob vieses. Assim, é possível afirmar que a fragilização da representatividade em um Estado Democrático tem bases profundas em deficiências sociais que acabam por se identificar nos elementos apontados neste trabalho, crise de representatividade e sentimento de não pertencimento, causas estas que irão refletir em caminhos de livre circulação para a prática de ações que visem lesar a administração pública e que, por estarem engendradas no cenário político instauraram um movimento sistêmico de corrupção, afetando assim instituições ínsitas e necessárias para o fortalecimento da Democracia.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70056807449. Relatora: Marilene Bonzanini. Data de julgamento: 12/12/2013. Data de publicação: 16/12/2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?a-no=2013&codigo=2231026>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2016.

CRISTALDO, Heloisa. VERDÉLIO, Andreia. **Cientistas políticos criticam argumentos de deputados em votação do impeachment**. Disponível em: <http://agenciabrasil.abc.com.br/politica/noticia/2016-04/cientistas-politicos-criticam-argumentos-de-deputados-em-votacao-do>. Acesso em: 19 abr. 2016.

DELGADO, Daniel García. **Estado-nación y globalización**. Buenos Aires: Ariel, 1998.

FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria Política Contemporânea: uma introdução**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GASSET, José Orterga y. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 1992.

HOBSBAWM, Eric. **A falência da democracia**. Folha de São Paulo, São Paulo, 9 set. 2001.

LEAL, Rogério Gesta. Como os déficits de interlocução política atingem a atuação da cidadania democrática no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, vol. 1, n. 1, 2009.

_____. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Fundamentos filosóficos e políticos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por atos de corrupção. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 179-219, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/reol/pb/index.php/direitoeconomico?dd1=16001&dd99=view&dd98=pb>. Acesso em: 16 abr. 2016.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos estudos Cebrap**. São Paulo: brasileira de ciências Ltda., n. 31, p. 25-40, out. 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

STRECK; Lênio Luiz. MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Democracia enclausurada: um debate crítico sobre a democracia representativa contemporânea**. Brasília: Plenarium Editora da Câmara dos Deputados, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. **Sequência: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis**, p. 83-98, jan. 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15395/13979>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

ZENI, Bruna Schindwein. **Conselhos Municipais: efetivamente um instrumento democrático deliberativo: uma análise do Conselho Municipal dos Direitos da Mulher da Cidade de Santa Cruz do Sul/RS**. 2010. 143f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

A GARANTIA DE DIREITOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES NO MERCADO DE CONSUMO CAPITALISTA GLOBALIZADO BRASILEIRO

André Viana Custódio¹

Rafael Bueno da Rosa Moreira²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Endereço eletrônico: andreviana.sc@gmail.com.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC) e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região da Campanha – URCAMP/Bagé. Coordenador do Projeto de Pesquisa sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS (URCAMP) e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes nos países do MERCOSUL (GEDIHCA/URCAMP). Endereço eletrônico: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br.

Na sociedade contemporânea são produzidos, constantemente, desejos consumistas decorrentes do capitalismo global. Tais influências criam subjetividades que necessitam, dia a dia, adquirir bens e serviços para se adequar a sua comunidade. Este ciclo garante o hiperconsumismo, que é uma necessidade do capitalismo e que acaba gerando exclusão, exploração e dominação.

As crianças e adolescentes são alvos constantes dos fornecedores e prestadores de serviços, pois elas influenciam os seus pais a adquirir determinados produtos e serviços, sendo o público-alvo do marketing empresarial e do atual mercado publicitário. Porém, crianças e adolescentes em razão da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento são considerados hipossuficientes na relação de consumo, se tornando extremamente vulneráveis.

Nesta investigação, se buscou destacar alguns aspectos que causam preocupação no desenvolvimento de crianças e adolescentes, estudando o impacto da exploração capitalista global nas relações de consumo e suas relações com o processo de desenvolvimento infantil.

2 EXPLORAÇÃO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES PELO MODELO HIPERCONSUMISTA DECORRENTE DO CAPITALISMO GLOBALIZADO

Conforme o disposto no “Manifesto Comunista”, Marx e Engels defendem que a dominação decorrente do modelo capitalista é ocasionada pelos desejos dos burgueses sobre os proletários, o que gera as necessidades dos indivíduos de uma sociedade, se modelando o consumo dos indivíduos, conforme os interesses

capitalistas, pois “a história de toda sociedade existente até hoje tem sido a história das lutas de classes”, onde “[...] o opressor e o oprimido permaneceram em constante oposição um ao outro [...]”, permanecendo classes em conflito até “[...] reconstituição revolucionária de toda a sociedade ou pela destruição das classes em conflito” (MARX; ENGELS, 2003). A opressão é constante no modelo atual, pois, mesmo que não se deseje, no dia a dia colabora-se para o modelo dominante. Tal modelo cria regras comportamentais produzindo desejos e necessidades padronizadas e exigindo a aquisição constante de mercadorias e serviços, tais como dispositivos eletrônicos, roupas de determinada marca, objetos de lazer, tidos como recursos necessários à ideia de sucesso na sociedade atual.

Os avanços da indústria mundial contribuem para que o capital da “burguesia moderna” seja expandido, aumentando a opressão da classe dominada, que garante os interesses da classe dominante. A lógica opressiva do mercado consumidor pressiona constantemente as relações familiares, impondo e construindo necessidades de consumo, reduzindo as relações, em especial as familiares, à condição de troca de mercadorias fortalecendo um modelo de hiperconsumo, como assevera os autores em questão: “A burguesia rasgou o véu sentimental da família, reduzindo as relações familiares a meras relações monetárias” (MARX; ENGELS, 2003, p. 26-29).

O modelo capitalista moderno, fruto dos desejos burgueses, faz constantes modificações na produção. Tais mudanças são sempre no sentido de aumento do consumo, o que exclui o antigo e o substitui pelo moderno e mais avançado tecnicamente, mudanças que são exploradas em níveis mundiais e que visam garantir as ne-

cessidades globais, desenvolvendo-se “[...] em todas as direções, um intercâmbio e uma interdependência universais”, inserindo tal modelo nos mais diversos países, o que acaba gerando consumismo universal. (MARX; ENGELS, 2003, p. 29-30).

Ainda se tratando das ideias marxistas, se deve destacar: “As ideias dominantes de uma época são sempre as ideias da classe dominante [...] um fato é comum a todas as épocas, isto é, a exploração de uma parte da sociedade por outra”. Portanto, para Marx e Engels com o modelo capitalista sempre haverá a exploração dos indivíduos em situação de dominação de uma determinada sociedade, denominados de proletários, pois estes são a mão de obra e o consumidor, que servirá para manter os interesses burgueses, mantendo-se o modelo dominante vigente, onde o capital permanece na mão de poucos (MARX; ENGELS, 2003, p. 44-46).

Assim, o interesse capitalista global se encontra acima de qualquer civilização, se destruindo culturas locais em prol da dominação e do interesse econômico, ocasionando a exploração diária em uma sociedade que sistematicamente reproduz desigualdades, iniciando-se tal dominação na infância, fruto dos modelos de adequação existentes na sociedade atual.

Neste mesmo sentido, é preciso reconhecer as relações intrínsecas de poder relacionados ao modo de organização capitalista de produção. Foucault ensina que o poder serve para manter os interesses daqueles que se encontram em situação de dominação, pois para estes até mesmo a definição de verdade mantém relação com o poder, conforme se expõe: “O importante, creio, é que a verdade não existe fora do poder ou sem poder[...]”. Assim, as pessoas que estão no poder, contribuem para o modelo de hiperconsumo, que é o modelo de verdade daquela sociedade, iniciando

sua influência desde a infância e a adolescência, gerando muitas necessidades para as pessoas que se encontram em situação de desenvolvimento. (FOUCAULT, 2013, p. 11-12).

Foucault dissertou sobre verdade:

[...] a “verdade” é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de verdade tanto para a produção econômica, quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande, não obstante algumas limitações rigorosas); é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação); enfim, é objeto de debate político e de confronto social (as lutas “ideológicas”). (FOUCAULT, 2013, p.11).

Desta maneira, se afirma que a verdade mantém os interesses dominantes, garantindo o poder destes sobre os dominados, devido à influência dos mais diversos órgãos que mantém os interesses do capital, mantendo-se, principalmente a difusão de informações como verdade, o que garante o hiperconsumo.

A globalização traz diversos efeitos e contribui para esta padronização de comportamentos na sociedade, onde se modela um indivíduo que necessita contribuir para o modelo de hiperconsumo. Para Santos, mesmo com o crescimento da ciência e das técnicas, as pessoas estão se tornando cada vez mais escravos de uma vida sem qualidade e com muita velocidade, onde o desenvolvimento daquelas não contribui para o bem-estar social, para a garantia do direito a saúde e para o enfrentamento da miserabilidade. Tal modelo gera dominação, sendo que um dos atributos para

garantir tal dominação é a multiplicação do consumo, garantindo os interesses dos detentores do poder econômico, que necessitam defender este modelo capitalista como ideal, incentivando o consumismo e a movimentação financeira, principalmente das pessoas pobres, classe que é a mais explorada e que dificilmente irá almejar transformação de condições sociais. Para a garantia do modelo capitalista de consumo, onde se mantém um discurso único, a competitividade é constante, onde os prestadores de serviço e os fornecedores buscam os mais diversos meios para garantir a lucratividade, independentemente se para tais lucros, se explore o consumidor, as famílias, as crianças e os adolescentes (SANTOS, 2001, p. 17-18).

As novas tecnologias proporcionam constantemente a criação de novos produtos ou serviços, havendo a necessidade destas adequações para que se possa estar de acordo com o modelo de individualista produzido pela sociedade capitalista, onde o antigo é excluído e o moderno é o correto. Assim, Dupas faz a seguinte argumentação: “As sociedades são mais felizes que há dez anos porque temos telefone celular ou internet e, agora, tela de plasma?” (DUPAS, 2006, p. 13-14).

Realmente, se defende que as tecnologias acima citadas não proporcionam felicidade, pelo motivo que o atual conceito de progresso leva as pessoas a caminhos inimagináveis, pois se vive em uma sociedade que se baseia no consumo, onde jamais se conseguirá a felicidade devido a uma eterna insatisfação pessoal, fruto do modelo consumista, para se assegurar a chamada “marcha do progresso”, que poderá trazer distintas consequências aos mais diversos aspectos (DUPAS, 2006, p. 15).

A informação possui ampla relação com o consumismo, se

destinando a cumprir os objetivos do capitalismo e demonstrando como deve ser o comportamento social. A informação busca o amplo convencimento para que sejam cumpridos os interesses capitalistas. Santos cita que a informação transmitida “[...] à maioria da humanidade é, de fato, uma informação manipulada que, em lugar de esclarecer, confunde”. Deste modo, a informação pode gerar fábulas e mitos, o que o autor denomina de “informação global”, onde se conhece notícias de todas as partes do mundo, mas não se as notícias da comunidade a sua volta. A chamada “violência do dinheiro”, assim como a informação, têm interesses globais, para garantir os interesses do capital, gerando um mundo com padrões utilizados para excluir socialmente pessoas e suprimir conhecimentos (SANTOS, 2001, p. 37-45).

A globalização gera uma competitividade feroz, onde não há espaço para a compaixão. A principal intenção que é gerada pelo capitalismo é de que se deverá “[...] a todo custo, que vencer o outro, esmagando-o, para tomar seu lugar”. Tal competição se encontra em todo o lugar, desde competição entre empresas de um mesmo ramo, quanto entre pessoas disputando melhores condições de vida, ou, até mesmo, entre alunos dos mais diversos níveis que irão concorrer pelos mesmos lugares. A concorrência entre as empresas faz com que se explorem os mais diversos mercados, se buscando a exploração do mercado com produtos destinados a crianças e adolescentes. O consumo sempre será garantido por meio da exposição da publicidade de produtos ou serviços, onde, constantemente, se lucra com propagandas, que muitas vezes, são abusivas ou enganosas. Neste sentido, o hiperconsumismo acaba padronizando o modelo de convivência em sociedade, exercendo um controle social (SANTOS, 2001, p. 46-55).

A instituição de novas técnicas acabou causando desigualdades e exclusão social para a parte da população que não conseguiu se adequar a estas novas exigências. Todas estas tendências consumistas geram escassez, pois a população da sociedade capitalista em um mundo globalizado jamais está satisfeita com o que possui. A velocidade de criação de novos produtos é muito alta, o que gera uma competitividade publicitária enorme por parte das empresas, gerando desejos para muitos dos membros da sociedade (SANTOS, 2001, p. 117-131). Assim,

Uma outra globalização supõe uma mudança radical das condições atuais, de modo que a centralidade de todas as ações seja localizada no homem. Sem dúvida, essa desejada mudança apenas ocorrerá no fim do processo, durante o qual reajustamentos sucessivos se imporão. (SANTOS, 2001, p. 147).

Para garantir o hiperconsumismo é necessária uma superprodução, que faz com que a economia gire e mantenha a acumulação do capital, atingindo todos os segmentos da população. As crianças e os adolescentes são desejadas pelo atual mercado de consumo, conforme expõe Barber: “[...] visar às crianças como consumidores num mercado onde nunca há compradores suficientes”. As empresas estão buscando adequar as suas publicidades ao mercado infantil, de modo que as crianças e adolescentes influenciem a compra dos mais diversos produtos e serviços do mercado capitalista global, não sendo respeitada a situação de desenvolvimento (2009, p. 15-17). “Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria” (BAUMAN, 2008, p. 20).

Althusser tratou dos processos de reprodução das condições de produção, uma prática constantemente renovada no contexto social, pois “[...] para existir, toda a formação social deve, ao mesmo tempo que produz, e para poder produzir, reproduzir as condições da sua produção”. Neste ínterim, não haveria produção possível sem que fosse “[...] assegurada a reprodução das condições materiais da produção: a reprodução dos meios de produção”, se reproduzindo constantemente os meios e as condições para garantir a produção, o que ocasiona uma reprodução das condições materiais de produção para satisfazer o modelo capitalista. (ALTHUSSER, 1969, p. 09-15).

Para garantir este modelo de produção e de submissão ao sistema vigente, existem aparelhos ideológicos que sustentam o modelo dominante, agindo na formação de indivíduos e na reprodução de informações, o que garante a necessidade de hiperconsumo, decorrente do capitalismo. Os indivíduos são formados pelo Estado, desde a infância, para reproduzir o modelo capitalista, recebendo constantemente informações de como se comportar e de como conviver em sociedade, reprimindo qualquer outra ideia, por meio, principalmente, dos aparelhos ideológicos do Estado educacionais, dos aparelhos ideológicos do Estado políticos e dos aparelhos ideológicos do Estado de informação (ALTHUSSER, 1969, p. 17-21; 43-52).

Portanto, as ideologias existem para a formação dos sujeitos, que terão suas características baseados na sua formação ideológica. Tal interferência estará presente no ambiente familiar, no ambiente educacional, nos programas da mídia, nos anúncios publicitários, enfim muitos aparelhos ideológicos que multiplicam o modelo capitalista. (ALTHUSSER, 1969, p. 93-104).

Assim, a reprodução do modelo capitalista é explorada em todo lugar, garantindo a dominação e a exploração das massas, que se encontram alienadas pelo capitalismo. Esta dominação conta com o modelo hiperconsumista, que explora toda a população, incluídos as crianças e os adolescentes, se aproveitando da característica própria de pessoa em desenvolvimento. O mercado busca incutir nas crianças e nos adolescentes necessidades capitalistas constantes muito prematuramente. Busca-se formar, estes indivíduos em desenvolvimento, conforme o modelo capitalista de exploração. São incutidas necessidades de consumo para se adequar ao padrão de convivência de uma determinada localidade. As mais diversas empresas criam necessidades precoces para garantir o consumo desde a infância, devendo aqueles indivíduos ter acesso a aparelhos eletrônicos, a redes de “fast-food”, a materiais escolares com as logomarcas dos desenhos animados, entre outros produtos ou serviços multiplamente consumidos entre seus ambientes de convivência.

3 DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES CONTRA A EXPLORAÇÃO DO MERCADO DE HI- PERCONSUMO CAPITALISTA GLOBALIZADO NO BRASIL

A partir de um movimento internacional de busca pela proteção de crianças e adolescentes, que iniciou-se no final do século XIX e início do século XX, os Estados iniciaram, com a influência do direito internacional, a proteger os direitos da criança e do adolescente. No Brasil, mais precisamente após promulgação

da Constituição da República Federativa em 1988 e a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas em 1990, se iniciou a construção de um marco teórico normativo que fosse capaz de garantir maior efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Para a convenção em tela, foi considerado “criança” toda a pessoa com menos de dezoito anos de idade, o que abarcou no Estado brasileiro tanto as crianças quanto os adolescentes. A convenção foi instituída em 20 de novembro 1989, pela Organização das Nações Unidas, por meio de sua Assembleia Geral, sendo ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Tal dispositivo estabeleceu princípios e regras inerentes aos direitos da criança e do adolescente, influenciando a inserção destes no direito nacional. Deve-se frisar, também, que a convenção em referência foi precedida por outras legislações internacionais que abordaram o assunto, ainda que indiretamente, como a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, a Declaração de Genebra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, entre outros.

Quanto a hierarquia e o tratamento de uma convenção internacional na legislação nacional, se observa que o tratado internacional adquire vigência após a aprovação no Congresso Nacional e a ratificação do Presidente da República, sendo que os dispositivos internacionais que tratem sobre direitos humanos terão equivalência hierarquia a emendas constitucionais, conforme o artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal:

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:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>).

Logo o Brasil instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, sendo o principal marco na garantia de direitos de crianças e adolescentes. O Estatuto foi influenciado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e ampliou sua proteção jurídica instituindo a partir do art. 227 da Constituição Federal um novo ramo jurídico autônomo denominado Direito da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal de 1988, promulgada anteriormente à declaração em discussão, previu o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, princípio que posteriormente foi disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstrando o intuito de garantia da proteção integral da infância no Brasil.

O artigo 227 foi responsável pelo reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que mediante o princípio da triplice responsabilidade compartilhada estabeleceu compromissos para família, sociedade e Estado quanto a efetivação de seus princípios e regras:

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 (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>).

Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente também disciplinou a proteção integral da criança e do adolescente, assim como a prioridade absoluta na garantia de direitos. O artigo 1º deste dispositivo assevera que: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1943, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>). Já o artigo 4º complementou o artigo 1º, positivando o que seria a proteção integral disposta naquele, disciplinando que se deve garantir a toda criança e adolescente os direitos dispostos neste dispositivo estatutário, conforme se expõe:

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, 1943, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>).

Os dispositivos jurídicos nacionais, acima expostos, expressaram as garantias de direitos que devem ser concretizados, inclusive pela implementação de políticas públicas de atendimento, proteção, promoção e justiça, que passaram a dispor as crianças e os adolescentes, justificadas pela necessidade de proteção jurídica para um efetivo desenvolvimento integral.

Como princípio fundamental adotou-se a teoria da proteção integral como instrumento protetivo e concretizador de direitos, reconhecendo-se crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, que em razão da sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento merece proteção especial. Deste modo, a teo-

ria da proteção integral assegura através de seus instrumentos normativos e políticos estratégias de enfrentamento à vulnerabilidades que atingem crianças e de adolescentes, tais como o incentivo ao hiperconsumismo decorrente do mercado capitalista global.

No que tange o consumidor, este também se encontra em condições de vulnerabilidade. O princípio da vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, rege pelo fato de este se encontrar em situação de vulnerabilidade em relação ao fornecedor ou ao prestador de serviços. O consumidor está na posição mais fraca da relação contratual de consumo e se encontra em situação de inferioridade. O Código de Defesa do Consumidor, bem como a Política Nacional da Relação de Consumo, que se encontra prevista nos artigos 4º e 5º daquele, existem para buscar a equiparação contratual da relação de consumo, por meio de intervenções estatais e de proteção jurídica para os indivíduos que se encontram em uma relação de desigualdade. A vulnerabilidade é presumida, por quatro motivos: o primeiro é o fato de haver vulnerabilidade técnica nas relações de consumo, pois o consumidor não possui conhecimentos técnicos, em tese, sobre os produtos que está adquirindo. Tal vulnerabilidade poderá ser suprida nos casos onde, por motivo de formação profissional, o consumidor possui os conhecimentos técnicos necessários sobre determinado produto; a segunda forma de vulnerabilidade é a jurídica, onde, em tese, o consumidor não possui o conhecimento jurídico de proteção da relação de consumo. Tal vulnerabilidade também poderá ser suprida quando o consumidor possui formação jurídica na área; a terceira forma de vulnerabilidade, que jamais será suprida, é a vulnerabilidade fática, ou seja, a vulnerabilidade econômica, onde o consumidor se encontra em posição econômica inferior a do fornecedor

ou do prestador de serviços, tendo em vista o poderio econômico do mercado; poderá haver, ainda, a vulnerabilidade informacional, que é a falta de informações sobre determinado produto, que em alguns casos poderá ser suprida, quando houver o conhecimento informacional sobre o produto ou serviço objeto da relação de consumo (BARROS, 2011, p.16-17).

O consumidor é o hipossuficiente da relação contratual de consumo, ou seja, a parte mais fraca desta relação, tendo o legislador adotado algumas regras para reconhecer e diminuir as desigualdades na relação de consumo, buscando equiparar a relação contratual existente entre o consumidor e o fornecedor ou o prestador de serviços (ANDRADE, 2006, p. 283).

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, traz um conceito para consumidor, expondo que: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>). Por sua vez, o presente dispositivo jurídico disciplina a Política Nacional de Proteção do Consumidor, tendo no seu artigo 4º, o principal garantidor da proteção ao consumidor, onde é reconhecida as principais necessidades e garantias do consumidor, dentre elas o respeito a saúde, segurança, dignidade, transparência e proteção dos interesses econômicos do consumidor (*caput*); o reconhecimento da situação de vulnerabilidade (inciso I); a necessidade de educação e informação de consumidores (inciso IV); o incentivo a garantia de qualidade e segurança de produtos e serviços (inciso V); e a necessidade de coibir e reprimir os abusos praticados no mercado de consumo (inciso VI):

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

[...]

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

[...]

(BRASIL, 1990, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>)

No que tange os direitos básicos do consumidor, disciplinou o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que se deve garantir aos consumidores a garantia da “[...] proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”; a necessidade de educação para o consumo e de todas as informações sobre os produtos, serviços e contratações, garantindo os seguintes dados de forma clara sobre o objeto da relação de consumo “[...] quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”, bem como os tributos incidentes; a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas, assim como contra a publicidade abusiva e

enganosa; “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” e outros meios de proteção jurídica e garantia do acesso ao poder judiciário (BRASIL, 1990, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>).

Tanto a educação adequada sobre produtos e serviços quanto a informação clara sobre eles são asseguradas como direitos básicos do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, na prática tais direitos básicos do consumidor, incluindo crianças e adolescentes, não são devidamente assegurados, prevalecendo o interesse do capital para garantir o consumo. Porém, tais direitos básicos são um dos caminhos a serem utilizados para se conseguir enfrentar a atual exploração do mercado que é sofrida por crianças e adolescentes (BRASIL, 1990, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>).

Assim, as relações de consumo onde o destinatário do produto ou do serviço são as crianças ou os adolescentes, a vulnerabilidade se encontra muito acentuada, tendo em vista a situação de vulnerabilidade relacionada ao consumo e a situação peculiar da condição geral de crianças e adolescentes brasileiros. Além das constantes publicidades enganosas e abusivas que têm como destinatário as crianças e os adolescentes; as atuais estratégias de marketing direcionada para as crianças e adolescentes induzem a competitividade e a discriminação. Estas situações são enfrentadas pelo Estado nacional ainda de maneira tímida, por meio da proteção jurídica garantida em ambos os casos (direito do consumidor e direito da criança e do adolescente) a partir dos anos 1990 e pelas políticas públicas que são exercidas para enfrentar a situação de vulnerabilidade decorrente destas relações, vulnerabilidade esta que é decorrente da situação de desenvolvimento de crianças e

de adolescentes e da hipossuficiência do consumidor, assim destaca-se a necessidade de reordenamento político e institucional na construção de políticas públicas que possam garantir a proteção integral ao desenvolvimento da criança e do adolescente articuladas intersetorialmente com as políticas públicas de proteção ao consumidor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise realizada na presente investigação, se constata que o modelo atual capitalista contribui para a exploração, dominação e para as exclusões, tendo por base que crianças e adolescentes buscam se adaptar aos modelos impostos pelo mercado capitalista, sendo induzidos a adquirir e utilizar os mais diversos produtos e serviços como estratégia de inclusão periférica no modelo capitalista hiperconsumista.

A proteção jurídica nacional bem como as políticas de proteção do consumidor e das crianças e dos adolescentes possui uma considerável dificuldade de enfrentamento ao modelo de hiperconsumo capitalista global, pois o poderio econômico do mercado busca a todo custo aumentar a sua lucratividade, explorando as crianças e adolescentes como destinatário da publicidade, de produtos e de serviços, independentemente das consequências que serão geradas para o desenvolvimento destas.

Por fim, se conclui sobre a necessidade de articulação intersetorial das políticas públicas de atendimento, proteção, promoção e justiça vinculadas ao sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente com as políticas públicas de proteção ao consumi-

dor como estratégia de enfrentamento a exploração do hiperconsumo de crianças e adolescentes, decorrente do capitalismo global.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos ideológicos do Estado**. Editora Presença: Lisboa, 1969.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri: Manole, 2006.
- BARBER, Benjamin R. **Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos**. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BARROS, Flávio Monteiro de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Rideel, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 25 mar. 2014.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao3%a7ao.htm> Acesso em: 25 mar. 2014.
- _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm> Acesso em: 25 mar. 2014.
- CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Joseane Rose Petry. **Trabalho Infantil Doméstico**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**. São Paulo: UNESP, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Disponível em: <http://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A_Microfisica_do_Poder_-_Michel_Foucault.pdf> Acesso em: 18 ago. 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Instituto José Luis e Rosa Sundermann: São Paulo, 2003.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e adolescente no Brasil**. São Paulo: LTr, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **A convenção sobre direitos das crianças**. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em: 05 jul. 2013

PES, João Hélio Ferreira (coordenador). **Direitos Humanos: Crianças e adolescentes**. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 6. ed. Editora Record: Rio de Janeiro, 2001.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008.

O DIREITO À ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, A CULTURA E A LEI Nº 13.146/15

Enquanto não atravessarmos a dor de nossa própria solidão, continuaremos a nos buscar em outras metades. Para viver a dois, antes, é necessário ser um. (Fernando Pessoa)

Regina Vera Villas Bôas¹

Grasiele Augusta Ferreira Nascimento²

¹Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/*Ius Gentium Conimbrigae*. Doutora e Mestre em Direito Civil e Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professora e Pesquisadora dos Programas da Graduação e dos Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC/SP e do Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Integrante do grupo de pesquisa “Minorias, discriminação e efetividade de direitos” (UNISAL/CNPq) e do Observatório de Violência nas Escolas (UNISAL/UNESCO). Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais e-mail: regyboas@terra.com.br

² Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/*Ius Gentium Conimbrigae*. Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, na subárea Direito do Trabalho, todos pela PUC/SP. Coordenadora, Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL) e Líder do Grupo de Pesquisas “Minorias, discriminação e efetividade de direitos” (UNISAL/CNPq). Professora assistente-doutora da Faculdade de Engenharia de Guaratinguetá (FEG/UNESP). Membro da Academia de Letras de Lorena. E-mail: contato@grasielenascimento.com.br

I - NOTAS INTRODUTÓRIAS: A COMPREENSÃO DO VOCÁBULO CULTURA, O HOMEM E SOCIEDADE DA PÓS-MODERNIDADE

O artigo cuida de matéria atual e relevante no contexto contemporâneo, reportando-se ao âmbito da acessibilidade às atividades culturais, frequentadas pela pessoa com deficiência. Os estudos contemplam dispositivos da Carta Magna, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e de outras legislações pertinentes. Lembra, no contexto da complexa e multidimensional sociedade que traz consigo as marcas das massas, dos perigos e dos riscos sociais, ambientais e culturais e das dificuldades sociais, econômicas, jurídicas e ambientais enfrentadas pelo homem, pelas coletividades e pela natureza, cujo meio ambiente é degradado constantemente pelo homem. Essas grandes preocupações do mundo pós-moderno mostram, de um lado, momentos de extrema evolução tecnológica e, de outro, de extrema barbárie.

Entre outros avanços, a tecnologia traz novos mecanismos, equipamentos e fórmulas que propiciam célere evolução dos meios de comunicação e de transmissão das informações, medicamentos de ponta e curas de doenças contemporâneas, todos conduzindo a trajetória evolucionar humana. Contrapondo-se aos avanços tecnológicos, surgem também, equipamentos e fórmulas que direcionam o cotidiano do homem e da natureza ao enfrentamento de verdadeiras tragédias sociais, ambientais e/ou ecológicas.

O homem vive com muita ansiedade, tentando aproveitar todas as novidades fornecidas pelas novas tecnologias, as quais lhe favorece a introdução e permanência no mundo virtual, afastando o homem do mundo real, envolvendo-o intensamente no seu ca-

sulo emocional, seu interior, distante das comunicações do mundo físico, concreto. Assim, o homem contemporâneo, envolvido com as novas tecnologias aprende novos conhecimentos, avançando no espaço e no tempo (virtuais), ao mesmo tempo em que - distanciando-se dos contatos humanos (pessoais) -, se observa vazio e menos profundo, relativamente aos compromissos mantidos com os valores já enraizados na sua essência (humana).

Enquanto ser planetário, o homem procura viver em perfeita e constante simbiose com a natureza e com o meio ambiente, o que lhe propicia refletir sobre a proteção da natureza e a preservação dos recursos ambientais, em proveito da vida, da saúde, da sobrevivência. Neste “ano da misericórdia”, o chamado à Ecologia Integral, contido na Encíclica Ecológica e Social do Papa Francisco – “*Laudato Si*” -, convida os homens a participarem de um amplo acordo que abrange aspectos ético, econômico e político, em proveito da necessária harmonia que deve existir entre todos os homens e o meio ambiente, em homenagem à ecologia e a fraternidade e respeitando os valores da essência humana, notadamente a misericórdia, que anda de mãos dadas com a compaixão, a bondade e a gratidão.

O contexto revela que a cultura se mostra como uma “presença invisível”, ou seja, uma presença que acontece de maneira contínua, que se exhibe ao homem, naturalmente e de maneira similar, ao menos nas coletividades que são próximas. A naturalidade é tanta que quando o homem estabelece contato com outros homens de coletividades mais distantes, que apresentam costumes, hábitos e usos muito diferentes dos seus, ocorre um afastamento da invisibilidade da sua cultura, que aflora e é notada pelo homem, diante da inevitável comparação que faz entre os costumes, os há-

bitos e os usos dos homens das coletividades mais distantes com os seus (de sua coletividade).

A cultura se dirige às maneiras de viver e de pensar do homem, que realiza atos e conduz fatos da sua vida. A cultura aponta maneiras de identificação das pessoas, sendo ela (cultura) transmitida de geração para geração humana, podendo ser distinta em cada comunidade social. Ela é conquistada a partir do aprendizado cotidiano do homem, incluindo tudo o que ele cria e recria, e de acordo com as situações que ele vive, no espaço e no tempo, modificadas pela cultura, de acordo com a experiência de cada sociedade, de cada comunidade, o que se concretiza pela linguagem.

Edgard Morin (Le Monde, 08.02. 2012), assim se refere à cultura

Cada cultura tem suas virtudes, seus vícios, seus conhecimentos, seus modos de vida, seus erros, suas ilusões. Na nossa atual era planetária, o mais importante é cada nação aspirar a integrar aquilo que as outras têm de melhor, e a buscar a simbiose do melhor de todas as culturas. A França deve ser considerada em sua história não somente segundo os ideais de Liberdade-Igualdade - Fraternidade promulgados pela Revolução, mas também segundo o comportamento de uma potência que, como seus vizinhos europeus, praticou durante séculos a escravidão em massa, e em sua colonização oprimiu povos e negou suas aspirações à emancipação. Há uma barbárie europeia cuja cultura produziu o colonialismo e os totalitarismos fascistas, nazistas, comunistas. Devemos considerar uma cultura não somente segundo seus nobres ideais, mas também segundo sua maneira de camuflar sua barbárie sob esses ideais.

Observa-se dessa lição de Edgar Morin que o ideal de cada nação é assimilar à sua cultura, o melhor da cultura das outras nações, buscando sempre integrar o melhor de cada cultura. Lembra o autor que ideais nobres e bárbaros compõem todas e cada cultu-

ra, a exemplo das culturas que produziram o nazismo, o comunismo e o fascismo. O ideal é que somente os ideais nobres integrem as culturas das nações, afastando-se os ideais bárbaros, indesejados de cada uma delas, o que, porém, é difícil acontecer, notadamente porque essa cultura é dinâmica e envolvida pela cultura massiva.

A cultura de massas que surge a partir do Século XX, revela caráter homogeneizante, carregando no seu bojo marcas da industrialização, que tiveram início, no referido Século. O caráter homogeneizante pode levar a semelhantes culturas, conforme relata Edgar Morin (1977, p. 17), ou então, a misturas culturais que possibilitam garantir uma variedade cultural, conforme ensina García Canclini (1997, *passim*).

Leciona Edgar Morin que a cultura de massas acompanha as regras capitalistas, destinadas a um “*aglomerado gigantesco de indivíduos compreendidos aquém e além das estruturas internas da sociedade*”, consolidando os produtos surgidos desta sociedade como cultura, ao mesmo tempo em que critica os intelectuais que consideram somente a existência da “cultura culta”, que é aquela produzida pelos intelectuais e dirigida pela estética, criação, qualidade, elegância e espiritualidade (1977, p. 17). Atualmente, afirma o autor, culturas de naturezas distintas se relacionam e influenciam as culturas de massas – que não são autônomas – e podem ser daninhas às culturas das sociedades das quais não são originárias, corroborando a formação da cultura maciça do século XX. Lembra que a cultura de massa integra uma realidade policultural, e como tal influencia diretamente a censura e o controle sobre a sociedade, que são estabelecidos, entre outros, pelo Estado e pela Igreja, podendo, simultaneamente, corroer e desagregar outras culturas, o que denota não ser a ela absolutamente autônoma, já que pode

se embeber da cultura nacional, humanista ou religiosa (MORIN, 1977, p. 16), sendo a democratização uma tendência da cultura de massa, mesmo não sendo ela, regra geral, a cultura principal e nem, regra geral, a cultura específica das sociedades (MORIN, 1977, p. 53).

Vale a pena lembrar outro ensinamento de Edgar Morin (1977, p. 62) que afirma sobre a cultura de massa que: a) ela se vulgariza por meio de simplificação, modernização, atualização e maniqueização, o que denota que as obras da cultura culta são acomodadas à cultura de massa, tornando-as mais facilmente consumíveis; b) ela pode reencontrar o caráter da cultura folclórica - que é previamente impressa -, devido à viva presença das danças e jogos, cujo caráter visual alimenta as mentes humanas; c) é envolvente do público que, atualmente, conhece os espetáculos somente por tele participação; d) diferentemente do processo utilizado na apropriação da cultura culta, ela (cultura de massa) se apropria de conteúdos do folclore e do popular pela universalização dos conteúdos, como é o caso do folclore do oeste americano, por exemplo, que transforma a partir do processo de multiplicação, podendo interferir em outras culturas (nacional, socialista, cristã, etc.), segundo os padrões da indústria da cultura de massas (MORIN, 1977, p. 54); e) é influenciada pela cultura industrial - tendente a um público indeterminado, sem raízes, sendo implantadas por processos técnico-burocráticos -, desagregadora das culturas mais sensíveis, relativamente ao processo de assimilação (MORIN, 1977, p. 64).

Mas, o “*mundo das pessoas idosas diz respeito ao mundo das memórias, porque todos são aquilo que de fato pensam*”, segundo Norberto Bobbio (1997, p. 30). Referido pensamento, refletido no contexto

da cultura, é considerado uma verdade não somente como relação ao idoso, mas também com relação a todas as pessoas que possuem discernimento, o que corrobora a importância dos valores da formação do homem que são por ele assimilados e, após, integram a índole da cultura.

O homem se embebe no mundo cultural – cultura local, massiva, industrial, popular, folclórica – e dele participando intensamente, em processo contínuo e progressivo, já que a cultura é a própria maneira de viver do homem, que implica o seu modo de pensar e de praticar suas condutas da vida. O homem se identifica e se personaliza, nesse processo cultural, acumulando conhecimentos na sua consciência, que são transmitidos para as suas gerações futuras e para a consciência coletiva (social), que acumula parte de todas as vivências, na sua grande memória cultural, lembrando-se que cada homem pertence a uma determinada comunidade social.

Assim, pensa-se que o homem é um ser que acumula a cultura à sua estrutura de vida, mas ele não é só cultura. O homem é um ser cultural, mas é também um ser da natureza, parte integrante dela, fato que lhe impõe participar e pertencer à grande “casa comum”, que é de todos os que possuem vida. Fala-se aqui da “Sustentável Mãe Natureza”, que a todos agrega e a todos garante a vida.

II – A LEI Nº 13.146/15, O TEXTO CONSTITUCIONAL E O DIREITO ÀS ATIVIDADES CULTURAIS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Os estudos apontam a necessidade de se penetrar no texto da Constituição da República Federativa do Brasil e nos dispositivos

do Estatuto da pessoa com deficiência, lembrando que a matéria ora abordada é tratada na Lei nº 13.146/15, Título II, “Dos Direitos Fundamentais”, Capítulo IX, que cuida de maneira geral, nos artigos 42, 43, 44 e 45, do “Direito à Cultura, ao Esporte, ao Turismo e ao Lazer” da pessoa com deficiência.

Referida Lei nº 13.146/15 objetiva efetivar o texto constitucional relativo à garantia e proteção da pessoa com deficiência, trazendo dispositivos que merecem ser refletidos, com o objetivo de se extrair direitos à pessoa com deficiência, alargando, assim, a possibilidade de aumentar a efetividade das garantias e dos direitos conquistados pela minoria, chamada pelo Estatuto de “Pessoa com Deficiência”.

A proteção e a salvaguarda dos direitos da pessoa com deficiência deve se tornar mais robusta com a aplicação dessa Lei nº 13.146/15, que lhe protege, o que implica maiores cuidados com a situação de fragilidade e vulnerabilidade a que ela está sujeita, no seio da sociedade contemporânea que produz tantas violências, preconceitos e desigualdades, tornando a pessoa com deficiência ainda mais frágil ao enfrentar de perto os perigos e riscos a que estão sujeitos os humanos e não humanos.

Essa matéria permite ao investigador científico invocar princípios, regras e normas já consagrados juridicamente e constitucionalmente à pessoa humana, garantindo à pessoa com deficiência, diante das demais pessoas da sociedade, o direito à igualdade de oportunidades relativa à participação nos variados âmbitos culturais, com acesso facilitado aos bens e atividades culturais, incluindo-se neste rol, as práticas desportivas, turísticas e de lazer.

A Lei nº 13.146/15 garante à pessoa com deficiência o direito à cultura, a partir da concretização de diversos outros direitos

entre os quais os que autorizam a prática das atividades culturais, que incluem as atividades educacionais, desportivas, de lazer e de turismo, entre outras, com garantia da acessibilidade facilitada, ao ensejo dos textos dos artigos 42 a 45 do novo Estatuto, notadamente.

Dispõe o artigo 42 sobre a igualdade de oportunidades lembrando que a pessoa com deficiência precisa ter acesso facilitado aos bens culturais, programas televisivos, teatros, cinemas, e demais atividades culturais e desportivas, dispondo que a oferta de obra intelectual deve facilitar o acesso da pessoa com deficiência, e impõe ao Poder Público a solução dos problemas da acessibilidade ao patrimônio nacional histórico, cultural, e artístico.

Dispõe o artigo 43 ser dever do Poder Público promover a participação da pessoa com deficiência nas atividades culturais, entre outras, devendo ele se preocupar com a instrução, o treinamento e os recursos adequados à satisfação de referidas atividades. Contempla o dispositivo que devem ser garantidos à pessoa com deficiência: a igualdade de oportunidades de participar de atividades com as outras pessoas; a acessibilidade aos locais que se estendem além da realização das atividades de que participa; a efetiva participação nas atividades artísticas, intelectuais, culturais, esportivas, recreativas, além das ações desenvolvidas nas escolas.

O artigo 44 se refere à necessidade de se manter as reservas dos espaços e assentos (livres) à pessoa com deficiência, o que vale para teatros, cinemas, estádios, ginásios, auditórios, os locais de conferências, espetáculos e similares, levando-se em conta a capacidade de lotação de cada espaço e o número de assentos, conforme as regras dos regulamentos pertinentes. Trás, ainda, regras especiais sobre os espaços e assentos reservados, estabelecendo que

eles devem ser espalhados nos variados setores, devendo possuir boa visibilidade e sinalização, sendo próximos dos corredores longe de áreas de isolamento; devem garantir a acomodação ao menos a um acompanhante, contendo previsão de rotas de fugas e saídas de emergências acessíveis. Dispõe, ainda, que as salas de cinema devem oferecer recursos de acessibilidade, durante as exposições de filmes, lembrando que essa determinação vem sendo atendida por várias salas de cinema na cidade de São Paulo. Nas regulares hipóteses o valor do ingresso a ser cobrado da pessoa com deficiência e/ou com mobilidade reduzida, para o acesso às salas referidas não pode ser maior do que o valor cobrado das outras pessoas.

O artigo, 45 ao se referir aos modos de acessibilidade, dispõe que a construção de pousadas, hotéis e similares, deve obedecer as regras e princípios do desenho universal, o qual deve ser obedecido nas referidas construções, conforme disposto nas legislações vigentes. Os estabelecimentos que estão em funcionamento, devem disponibilizar pelo menos dez por cento dos seus dormitórios acessíveis à pessoa com deficiência, considerando-se nessa matemática, a garantia de pelo uma unidade acessível para essa minoria, devendo estar localizados os dormitórios em rotas acessíveis, o que, também, já tem sido cumprido por muitos hotéis e pousadas de algumas cidades brasileiras, que adotam regras e princípios do desenho universal.

A Carta Magna, no artigo 23 dispõe sobre os cuidados da saúde e assistência pública e da proteção e garantia das pessoas com deficiência (*inciso II*), proclamando que referida proteção e garantia é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção

e integração social das pessoas com deficiência (artigo 24, inciso XIV), e sobre a educação, cultura, ensino e desporto (artigo 24, inciso IX).

Invoca-se no conjunto do artigo 23 da Carta Magna, também o artigo 211, interpretando-se os em harmonia. O texto do artigo 211 dispõe sobre a organização dos sistemas de ensino a partir de esforços conjuntos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (regime de colaboração), buscando valorizar e promover o bem-estar social e o desenvolvimento equilibrado nacional. Assim, a construção de um sistema nacional educacional deve cuidar da universalização do ensino obrigatório, fortalecendo prioridades constitucionais que envolvem as minorias e os seus direitos sociais, entre outras as que se relacionam ao sistema de transporte, permitindo o acesso às escolas e a prática das atividades culturais, que incluem socialmente essas minorias, concretizando-se a organização dos sistemas de ensino.

A Constituição da República Federativa do Brasil, pelos artigos 215 e 216 (Seção II), localiza a matéria da comunicação social e da programação audiovisual, invocando a cultura como manifestação intelectual, científica, artística, entre outras, e, ainda, os hábitos, usos ou costumes locais. Dispõe o artigo 215 sobre o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, determinando ao Estado o dever de garanti-los e de incentivá-los a partir da valorização e propagação das manifestações culturais, além de estabelecer no plano legislativo, um Plano Nacional de Cultura.

Nesse sentido, o texto constitucional do artigo 216, traz-se à baila o patrimônio cultural, ofertando do conteúdo de referido artigo, o conceito de patrimônio cultural, que é relevante à ma-

téria ora pesquisada, na medida em que amplia e clareia o âmbito da cultura, a qual deve ser apreciada juntamente com os direitos à cultura e às atividades culturais da pessoa com deficiência, trazidos pelo seu Estatuto, matéria reforçada por legislações infraconstitucionais pertinentes e amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil.

III – Notas conclusivas

Após, a compreensão dos conceitos de cultura, nos distintos âmbitos do conhecimento e entendida a relevância da extensão do conceito desse vocábulo, interpreta-se com mais clareza os dispositivos da Lei nº 13.146/15, amparada constitucionalmente e pelas disposições legais infraconstitucionais, quanto ao direito à cultura da pessoa com deficiência.

Percebe-se que acessibilidade é uma nota necessária e importante no contexto a matéria, tendo em vista que o acesso da pessoa com deficiência deve ser pensado, construído e reconstruído de acordo com as regras do “desenho universal”, as quais garantem maiores possibilidades de a pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida poder frequentar de maneira digna todas as atividades culturais que a cidade e a nação lhes oferecem, de maneira a desfrutar de todas elas, com igual oportunidade em face das pessoas que não possuem referidas deficiências ou mobilidades reduzidas.

Os estudos revelam que as políticas públicas nacionais, de maneira geral não são suficientes para garantir a concretização dos direitos fundamentais sociais da pessoa com deficiência, tendo em vista a ausência de projetos, a falta de implementação de alguns

projetos adequados existentes e, principalmente a ausência de prioridade e de orçamento destinado à execução de projetos que se destinam à presente minoria.

O Estatuto da pessoa com deficiência (artigos 42 ao 45) exibem um pequeno âmbito dos direitos da pessoa com deficiência. Os estudos apontam a possibilidade de se interpretar os direitos da pessoa com deficiência com maior abrangência, reforçando os seus direitos e garantias. Isso porque estabelecem regras e caminhos relativamente ao acesso às localidades pelas quais a pessoa com deficiência circula. Dispõem sobre a pertinência da regularização, construção e utilização dos espaços frequentados pela pessoa com deficiência estabelecendo regras e critérios que podem facilitar a disposição e construção de referidos espaços, tornando-os mais acessíveis, confortáveis e seguros à utilização dessa minoria. Importante, ainda, no contexto, é o estabelecimento de deveres ao Poder Público quanto à proteção da acessibilidade da pessoa com deficiência.

Os direitos à cultura da pessoa com deficiência trazem no seu bojo a própria dificuldade de compreensão do vocábulo “cultura”, que é amplo e comporta inúmeras interpretações e conceitos, razão pela qual os direitos à cultura da pessoa com deficiência são amplos, variados e se reportam a outros direitos, como aqueles trazidos nessa investigação: direitos à educação, à saúde, ao lazer, ao turismo e ao desporto, entre outros.

O artigo permite se invocar os princípios da liberdade, igualdade, solidariedade e fraternidade à reflexão da concretização, ou não, das garantias constitucionais e da proteção dos direitos culturais das pessoas com deficiência, concluindo-se que a efetividade destes direitos não ocorre de maneira satisfatória, na medida em

que a elaboração, implementação e concretização dos projetos que devem facilitar a acessibilidade dessa minoria às atividades culturais, inclusive à educação, ainda estão em estágio pouco avançado na sociedade brasileira.

Por derradeiro, os direitos constitucionais fundamentais individuais, sociais e difusos garantem a efetividade dos direitos à liberdade, à vida, à saúde, à igualdade, solidariedade e fraternidade, ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, devendo todos eles realizar a dignidade da pessoa humana e, em especial, no presente estudo, a dignidade da com deficiência e/ou mobilidade reduzida, nos moldes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Constituição da República Federativa do Brasil, do Estatuto da Pessoa com Deficiências e das legislações infraconstitucionais e internacionais atinentes à referida minoria.

REFERÊNCIAS

ABNT – Acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência à edificação, espaço, mobiliário e equipamentos urbanos: NBR 9050. 2ª e. RJ – ABNT, 2004.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*, trad. de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer, RJ: Forense Universitária, 10ª e., 2007.

BOBBIO, Norberto. Norberto Bobbio. *O tempo da memória*. RJ: Ed. Campus, 1997.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SP: RT, 2014.

_____. Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 (UNICEF).

_____. Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. Lei nº 8.213/91 – sobre cotas reservadas pela empresa na contratação do empregado.

_____. Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso

_____. Lei 13.146/15 - Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova, trad. de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer, RJ: Elsevier, 2004.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH).

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os Direitos Humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

_____. Manifesto inflexivo: considerações intempestivas por uma cultura radical. In: OLIVEIRA DE MOURA, Marcelo. *Irrupendo no real: escritos de teoria crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educa, 2005, p. 261-275.

_____. *Los petrechos humanos como produtos cultural és: crítica dele humanismo abstrato*. Madrid: Catarata, 2005.

GARCÍA CANCLINI, Nestor. *Consumidores e Cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. Pág. 2032.

MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1977.

Papa Francisco - Encíclica Ecológica e Social “*Laudato Si.*”

SANTOS, Ederson. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, Funcionalidade e Lei Complementar 142: a implementação do modelo biopsicossocial da deficiência na política de Previdência Social brasileira*. Palestra proferida no “*I Seminário Internacional sobre Deficiência e Funcionalidade (transitando do modelo médico para o psicossocial)*”, promovido pela Secretaria de Direitos Humanos (Presidência da República), Brasília, nov. (<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/seminario-nacional-deficiencia-funcionalidade>).

SASSAKI, Romeu. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 6ª e., RJ: WVA, 2005.

VILLAS BÓAS, Regina Vera. *Visão difusa do direito: vieses da sua complexidade através de um olhar sistêmico*. Tese do 2º Doutorado apresentado à Banca Examinadora na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, enfrentado tema dos Direitos Difusos e Coletivos, 2009.

_____. *Concretização dos postulados da Dignidade da Condição Humana e da Justiça*. Revista de Direito Privado. Ed. Rev. dos Tribunais, coord. Nelson Nery Jr. e Rosa

Maria Nery, SP: Ed. RT. Ano 12, n° 47. jul.-set/2011.

_____. *Violência Ética e Socioambiental: macula dignidade da condição humana e desafia a proteção dos interesses difusos e coletivos, in* *Obra Coletiva* "Direito e a Dignidade Humana: Aspectos éticos e socioambientais". Org.: Consuelo Yoshida e Lino Rampazona, Capitão 3°. pp. 101-122. ISBN 978-85-7516-599-7, Campinas, SP: Editora Alínea, 2012.

_____. *A proteção dos valores, necessidades e interesse do homem, da sociedade e da natureza contra a violência contemporânea, seguindo o itinerário da sustentabilidade e em favor da paz mundial, in* *Obra Coletiva* "Direito Administrativo e Liberdade: estudos em Homenagem a Lúcia Valle Figueiredo". Coord. por Amauri Feres Saad, Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Ferraz e Sílvio Luís Ferreira da Rocha, pp. 701-720. 1ed. SP: Malheiros Editora, 2014.

_____. *Comentários aos artigos 8° e 9° do Estatuto do Idoso: Dos Direitos fundamentais. Do Direito à vida, in* *Obra Coletiva* "Comentários ao Estatuto do Idoso: efetivação legislativa, administrativa e jurisprudencial. Org.: Anna Cândida da Cunha Ferraz, Fernando Pavan Baptista e Ariovaldo de Souza Pinto Filho, pp.101-124, ISBN 978-85-98366-66-1, Osasco: EDIFIEO, 2015.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; FERNANDES, Francis Ted. "O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade: prática da ponderação de princípios, realizando a dignidade da condição humana". **Revista de Direito Privado n° 60.** Editora Thomson Reuters. **Revista dos Tribunais.** pp. 57 -81. Ano 15. out/dez/2014. ISSN: 1517-6290.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; LIMA. Andreia M. B. Rezende de. *A judicialização da saúde, o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana no contexto das políticas públicas nacionais.* pp. 33-72. ISSN 1518-7047. *Revista Direito & Paz.* Ano XVII, n° 32. (1°/ 2015). Lorena: Ed. Pablo Jiménez Serrano, 2015.

Sites

Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/turismo/2015/09/turismo-debate-acessibilidade-para-pessoas-com-deficiencia> < Acesso em 11/fev/16>.

Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/seminario-nacional-deficiencia-funcionalidade> Acesso em 15/jan/2016

Disponível em: <http://www.deficientesemacao.com/lazer-e-turismo/8191-2015-11-12-14-46-56> < Acesso em 10/fev/16>.

Disponível em: <http://www.deficientesemacao.com/lazer-e-turismo/8191-2015-11-12-14-46-56> < Acesso em 10/jan/16>.

Disponível em <https://blogextracampo.wordpress.com/2008/09/10/artigo-juridico-o-desporto-na-constituicao-federal-brasileira> Posted on 10 setembro, 2008 by Fernando Tasso <Acesso em 14/fev/16>

O ESTATUTO DA DIVERSIDADE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DOS HOMOSSEXUAIS

*Andréia Pereira de Alfama*¹

*Alberto Barreto Goerch*²

INTRODUÇÃO

A adoção por casais homoafetivos a partir do contexto histórico brasileiro tem sido questão de debate na seara jurídica e social há muito tempo. Tendo em vista que faltam leis que definam claramente os direitos e deveres dos homossexuais, permitindo-lhes o direito à plena cidadania, integrando-os socialmente na população,

¹ Autora. Acadêmica do 5º Semestre do Curso de Direito da FADISMA. Endereço eletrônico: andrea_alfama@yahoo.com.br

² Autor. Graduado em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES); Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/UNIDERP; Mestre em Direito pela UNISC; Advogado; Professor na UFSM, UNIFRA e FADISMA nas áreas de Direito Processual Civil, Relações Internacionais, Direitos Humanos e Democracia. Endereço eletrônico: betogoerch@gmail.com

é importante a integração em todos os sentidos, econômicos, sociais, administrativos, entre outros. Nesse sentido, é essencialmente necessária discussão sobre a criação de um órgão que consiga abranger o amplo e polêmico assunto.

A homossexualidade com exceções de algumas civilizações, que não tinham a influência da Igreja; historicamente sempre foi motivo de discussões, debates e preconceitos nas mais diversas sociedades e regiões do mundo. Sendo inclusive, objeto de discriminação dentro das mais variadas religiões, que repudiam tais práticas denominando-as como materialização do pecado, ou seja, não importando a fé, mas sim a orientação sexual.

Nesse sentido, observa-se a dificuldade de consenso e aceitação quando a temática é a homossexualidade, mesmo atualmente existindo menos repressão, o que torna as relações homoafetivas mais notórias e que fazem parte da nossa vida em sociedade. Ainda assim, muitos continuam a ignorar essa situação real. Lastreado no preconceito, pessoas que possuem relações afetivas com pessoas do mesmo sexo, sofrem com a exclusão disfarçada.

Todavia, os Poderes Legislativo e Judiciário não podem ser influenciados pela discriminação e devem assegurar juridicamente os direitos desses cidadãos que estão protegidos pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Não é correto que o Direito seja passível de intervenções ideológicas de cunho contrário aos direitos humanos, sendo que no caso em tela já perdura desde a Constituição Federal de 1988, quando o legislador constituinte deixou de elevar ao status de entidade familiar as uniões homoafetivas (Omissão de política pública de inclusão social).

Dessa forma, essas relações são merecedoras de uma atenção especial, visto que existem e não podem ser tratadas à margem de jurisdição própria. Nesse diapasão, cumpre ressaltar a grande importância da análise de situações referentes às uniões de pessoas do mesmo sexo, como o direito de família, o direito previdenciário e o direito sucessório, ou seja, o direito patrimonial na sua plenitude, dessas relações afetivas que não ficam aquém das demais entidades familiares.

É relevante salientar que a orientação sexual não interfere nas qualidades e caráter de cidadão algum. Sendo assim, cada um dispõe, como achar melhor, de sua vida particular. Cabe a cada pessoa o dever de respeitar a decisão do interessado.

Portanto, se faz necessário regulamentar os direitos homossexuais em nossa legislação, em especial quanto ao processo de adoção, visando sempre a inclusão social e o direito à cidadania.

2 O PRECONCEITO AO AMOR HOMOAFETIVO E A EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Durante muito tempo viu-se os homossexuais sofrerem calados, em razão de apresentarem interesse por pessoas do mesmo sexo, por não sentirem-se felizes com o sexo de nascença, entre tantos outros fatores, era ir contra os preceitos impostos pela sociedade. A religião foi um marco e ainda é uma das maiores influências na história da homofobia, principalmente com o cristianismo, pois através de interpretações equivocadas da bíblia a relação entre pessoas do mesmo sexo é considerada pecado.

Apesar de tudo, ainda hoje existem vários países extremistas

que criminalizam a homossexualidade, em alguns essa escolha gera como consequência a prisão perpétua, a mutilação, ou até mesmo a própria vida... A Dinamarca, a Holanda e a União Europeia foram pioneiros ao reconhecer os direitos dessa classe e apresentam um saldo bastante positivo. (DIAS, 2014, p. 74)

Primeiramente no Brasil, demonstrar interesse por pessoas do mesmo sexo e manter um relacionamento era considerado crime. Posteriormente, por volta do século XIX quem tivesse algum tipo de atração homossexual era considerado “doente”. Isso se deu, em grande parte, por influência da Igreja Católica, sendo que o cristianismo era considerado a religião oficial do país. Hoje o Brasil é um Estado laico, ou seja, não há nenhuma religião que o represente, sendo todas aceitas.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, veio para garantir a todos os cidadãos os seus direitos. Através desta, surgiu margens para que os homossexuais ganhassem seu espaço em nossa sociedade, que até então era “seletiva”. O próprio preâmbulo salienta “[...] 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 [...]”. Apesar de não citar expressamente, as relações homossexuais no corpo do texto de nossa Constituição, mais especificadamente no Capítulo VII - referente ao Direito das Famílias - não se pode excluir esta do termo entidade familiar: “O enfoque atual da família volta-se muito mais à indentificação do vínculo afetivo que aproxima seus integrantes do que à diversidade sexual de seus membros”. (DIAS, 2014, p. 177)

É inadmissível que um país como o Brasil, o qual se diz o “país das diversidades” não regulamente em lei os direitos homossexuais. Somos observados diariamente, através da mídia nacional e internacional, nos manifestamos sobre assuntos externos, que muitas vezes não nos dizem respeito ou não são tão importantes e urgentes, porém não se consegue ao menos sanar questões internas, que são de suma importância e que precisam de atenção o mais rápido possível, que necessitam de regulamentação, porque enquanto isso, há vidas que ficam a mercê da boa vontade ou até mesmo das convicções dos juristas. Temos exemplos não só de países europeus, mas também de países Sul-Americanos como Uruguai e Argentina que já se manifestaram a respeito de adoção por casais homoafetivos, podemos dizer que o Brasil está bastante atrasado em relação aos demais.

A concepção antiga e ultrapassada de que a relação ideal é entre homem e mulher, e que somente estes, são capazes de constituir uma família é algo extremamente errôneo. Além de não poder assumir suas verdadeiras identidades, os homossexuais são na maioria das vezes “castigados” por demonstrarem-se diferente dos demais. Durante séculos esse grupo foi oprimido, menosprezado, violentado e excluído, aos poucos estão conquistando um maior espaço em uma sociedade que caminha em direção à democracia.

Os legisladores muitas vezes tratam estas pessoas como invisíveis, pois acreditam que podem ser rotulados como homossexuais e perder o conceito político caso se manifestem sobre o assunto que ainda é um tabu na sociedade, por isso, preferem manter-se na obscuridade. Então foi necessário que a justiça se manifestasse mais uma vez, criando medidas protetivas e favoráveis aqueles considerados “diferentes”. (DIAS, 2012, p. 2)

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito de outras questões que envolviam homossexuais, pois na omissão do Poder Legislativo em criar políticas públicas de inclusão social “sobrou” mais uma vez, para o Poder Judiciário intervir. Não poderia ocorrer, mas sabemos que em muitos casos, ambos os poderes deixam ser influenciados pela discriminação, preconceitos e acabam “esquecendo” os direitos que os homossexuais também possuem, ferindo assim vários princípios, dentre eles o da dignidade da pessoa humana (GOERCH, 2014, p. 73). Em 2011, quando o STF reconheceu as uniões homoafetivas no âmbito de família os 10 ministros da votaram a favor. Alguns argumentos utilizados foram a violência física e psíquica aos quais os homossexuais estavam expostos; foi dito que o termo homossexualidade não é crime, portanto não haveria motivos para impedir as uniões entre pessoas do mesmo sexo; a igualdade de todos perante a lei; os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade também foram citados. Além disso, os ministros encarregaram-se em dizer que é necessário a criação de políticas públicas o mais breve possível. Pois, é inadmissível que os Poderes Legislativo e Executivo continuem omitindo-se de questões que lhes dizem respeito, esperando sempre que o Poder Judiciário “resolva” tudo. O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, foi favorável a decisão, mas mostrou-se preocupado e não quis se manifestar em desdobramentos do assunto, como a adoção, reafirmando que o papel deveria ser estabelecido pelo Legislativo (GOERCH, 2014, p. 74).

Baseando-se nos altos índices de violência sofridos por lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais identificados pela sigla LGBTI, percebeu-se a necessidade de criar um órgão responsável que pudesse garantir o direito à cidadania para estes

grupos. Com isso, era importante conseguir através da justiça o reconhecimento destes como parte da sociedade, tendo seus direitos e deveres garantidos em lei. Então, a partir da iniciativa da Ordem dos Advogados Brasileiros (OAB) criaram-se Comissões da Diversidade Sexual em todo o território do Brasil (DIAS, 2012, p. 3).

Afirma ainda Maria Berenice Dias, advogada, Presidenta da Comissão da Diversidade Sexual da OAB e Vice-Presidenta Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que os advogados foram extremamente importantes para a criação da Comissão da Diversidade Sexual. O trecho abaixo explica bem o que pensa a advogada:

No entanto, era chegada a hora de dar um basta à hipocrisia e alguém precisava tomar a iniciativa. Ninguém mais poderia aceitar este grande desafio do que os advogados. Afinal, foram os precusores de todos os avanços, provando que são mesmos indispensáveis à administração da Justiça, como reconhece a Constituição Federal. Foram eles que ousaram bater às portas do Poder Judiciário, buscando o reconhecimento de direitos inexistentes a um segmento invisível e alvo de severa discriminação.

O projeto para tornar o Estatuto da Diversidade em lei é de iniciativa popular, surgiu com a proposta de tornar o Brasil um país mais igualitário e sem preconceitos, impondo normas afirmativas de inclusão social. O texto do anteprojeto que propõe o mesmo, conta com 132 propostas de alterações na legislação infraconstitucional. Com a aprovação do Estatuto, poderemos dizer que o Brasil estará caminhando para o desenvolvimento social (DIAS, 2013).

Segundo Maria Berenice Dias, o Estatuto da Diversidade “Trata-se de um microsistema que visa promover a inclusão de todos, sem distinção, combater a discriminação e a intolerância

por orientação sexual ou por identidade de gênero, inclusive pela criminalização da homofobia.” Assim como outros segmentos sociais, os mesmos merecem medidas protetivas diferenciadas, para que se possa garantir a eles o exercício da cidadania. Mas, para a autora podemos dizer que o princípio mais significativo, o qual o Estatuto visa garantir, seja o direito fundamental à felicidade. Pois, acredita-se que além dos princípios, garantias e direitos fundamentais também deve haver um maior destaque para os tratados e convenções aos quais, o Brasil, adere. Afirma ainda:

Não adianta, por mais que pareça piegas, não há quem duvide: o sonho de todos é encontrar a felicidade! A própria Constituição Federal, ao contemplar os cidadãos com um punhado de direitos, garantias e prerrogativas, ao fim e ao cabo, visa é assegurar-lhes o direito fundamental à felicidade. Afinal, quem tem vida digna, igualdade, liberdade, acesso à educação, saúde, habitação etc., tem todas as chances de ser feliz. Aliás, o Senador Cristovan Buarque apresentou a proposta de Emenda Constitucional 19/2010 – chamada PEC da Felicidade – para dar nova redação ao art. 6º da CF: São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados. (DIAS, 2014, p. 105)

Desse modo, com direitos e garantias asseguradas, os homossexuais terão além da felicidade, a realização pessoal, sentindo-se assim mais acolhidos e amparados civilmente.

3 A CONTRIBUIÇÃO DO ESTATUTO DA DIVERSIDADE PARA A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Com a aprovação do Estatuto da Diversidade, a adoção por casais homoafetivos será realizada com maior eficiência e facilita-

de, já que este propõe a garantia de direitos baseando-se na igualdade dos direitos adquiridos por casais heteroafetivos.

Com a aprovação do referido Estatuto, as contribuições seriam bastante positivas, pois estes teriam a garantia de lutar por seus direitos, principalmente, aqueles que sonham em serem pais, em construir uma família, visto que o processo para adoção tornar-se-ia mais eficaz e efetivo, já que estes entrariam para a fila de adoção, assim como os casais heteroafetivos, passando pelo mesmo processo de avaliação e seleção, cabendo a essas etapas definir a possibilidade ou não, de guarda da criança ou adolescente para os futuros pais. Sendo assim, a contribuição do Estatuto da Diversidade em termos de adoção por casais homoafetivos no Brasil, também chamada de homoparentalidade ou parentalidade homossexual apresentaria um excelente resultado, assim como já podemos perceber em países desenvolvidos. Como já apresentado por Maria Berenice Dias:

Como a sociedade é heterossexista, isto é, marcada predominantemente pela heterossexualidade, é enorme a resistencia em admitir a filiação homoparental: direito a paternidade a pares homossexuais. A expressão homoparentalidade passou a ser utilizada na França, na década de 90, para designar o exercício da função da paternidade ou da maternidade por pais e mães não heterossexuais. Para emprego do termo, no mínimo, um dos pais deve possuir a orientação homossexual. (DIAS, 2014, p. 202)

Dias defende ainda, que já que não existia no nosso país uma legislação específica sobre a adoção de filhos por casais homoafetivos, havendo um espaço no ordenamento jurídico, o qual não fala, especificamente, de leis que admitam ou proibam esta adoção, um dos principais objetivos abordados pelo projeto do Estatuto é a

criação de regras claras para a permissão da mesma, já que, não havendo regras, os cônjuges estariam sujeitos a opinião e sensibilidade dos juristas (VIEIRA, 2011).

Segundo o projeto do Estatuto, está garantido nos Princípios Fundamentais de número VI – liberdade de constituição de família e de vínculos parentais, no Art. 23, do mesmo princípio, está explícito que não se pode negar o direito de adoção ou guarda de crianças e adolescentes por casais ou pessoa individual, em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero dos candidatos.

Os pedidos de adoções por casais homoafetivos até já foram aprovados em alguns casos no Brasil, devido não existir nenhum tipo de exceção no que se refere à adoção pelos mesmos na Lei nº 8.069 de 1990, que trata sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, para evitar que um assunto tão sério esteja à mercê da boa vontade do jurista, o Estatuto da Diversidade também prevê normas específicas que permitam aos homossexuais o direito a adotar crianças e adolescentes, os distanciando da discriminação e concepção individual do julgador (BERBETZ, 2013).

Ou seja, a adoção irá se tornar mais fácil, trazendo consigo a felicidade dos casais, como é salientado na obra *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. [...] aflora como fundamental o direito à felicidade. Não pode o Estado deixar de cumprir sua real finalidade: fazer com que a família exerça o seu papel de garantir a cada um de seus membros o direito de ser feliz. Um Estado que não garanta tal promessa a todos, deixa de cumprir com sua obrigação ética. Afinal, é de todos o compromisso de respeitar a identidade de cada um (DIAS, 2000, p.54).

Existem poucos dados concretos sobre a atual situação da adoção por casais homoafetivos em nosso país. Porém, as jurisprudências aplicadas por alguns juristas podem ser o começo para uma nova era.

O Rio Grande do Sul, mais uma vez, tem sido exemplo no que se refere à adoção por casais homoafetivos. O Estado já concedeu inúmeras vezes a adoção por casais do mesmo sexo. Sendo assim, existem várias decisões disponíveis no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que podem ser usadas como jurisprudências para outros casos (GRANJA; MURAKAWA, 2012). Como as mencionadas a seguir pelo TJ/RS:

Ementa: O relator é Min. Luiz Felipe Salomão. 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. (Recurso Especial Nº 889852, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Aldir Guimarães Passarinho, Julgado em 27/04/2010)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO (Apelação Cível Nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009)

Ambas jurisprudências, demonstram que com a evolução da nossa sociedade, o termo família tornou-se bem mais abrangente. De acordo com o ECA, as crianças e adolescentes tem o direito a entidade familiar e não é justo privá-los disso. O relator da primeira jurisprudência citou uma pesquisa científica realizada na

Virgínia, que afirma que quando a relação é de afeto não há possibilidades de sequelas, uma vez encontrando-se os menores amparados, protegidos e amados. Portanto, finaliza afirmando que se a sentença não fosse favorável, o judiciário estaria expondo a criança a um prejuízo irreparável. Também é salientado na segunda, que a adoção é um mecanismo de assegurar o direito das crianças e dos adolescentes, que deverá prevalecer sobre os preconceitos e a discriminação, sendo estes repudiados pela Constituição da República Federativa do Brasil, afirmando que não há expressamente em nosso texto constitucional algo que impeça a adoção por casais homoafetivos.

Vale ressaltar que a análise para adoção deve ser baseada a partir da capacidade mental, e não através da opção sexual dos pais. A preocupação que deve existir é com a criação e educação dos filhos, o comprometimento dos pais para com seus filhos. A opção sexual não define o ser-humano, este é definido por suas convicções. O conteúdo interior é o que realmente importa. Então, precisamos caminhar a passos largos para alcançarmos o fim dos preconceitos ainda existentes em nosso país, garantindo assim, o Direito de adoção aos homossexuais. Maria Berenice Dias afirma:

A paternidade não se constitui por um ato físico. É construída pelo afeto e o comprometimento para com o filho. Impedir este ato de fraternidade a quem só quer dar amor, em função da sua identidade sexual, é suprimir o conceito de humanidade, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, conceito consagrado no preâmbulo da Constituição Federal (DIAS, 2014, p. 204).

Perante tantas incertezas do que será ou não bom para a criança, ou para o adolescente, a autora do livro União Homoafe-

tiva o fim do preconceito, Fabiana Marion Spengler, diz que:

Diante de todas essas dúvidas, vislumbra-se a certeza de que não existe uma receita pronta para resolver tais impasses e que a melhor maneira é sempre buscar ajuda em equipes interdisciplinares que possam demonstrar com quem estarão melhor protegidos os interesses do menor. Talvez essa tenha desenvolvimento mais saudável na companhia de seu genitor ou de um guardião homossexual do que na companhia de heterossexual que tenha conduta desregrada, faça uso de entorpecentes ou álcool, seja agressivo ou pratique abuso sexual.

Há muitas vezes um pré-conceito quando o assunto é a adoção por casais do mesmo sexo, pois alguns acreditam que isso possa ferir a parte psicológica da criança ou do adolescente, que possa influenciar a homossexualidade, ou seja, que possa causar algum tipo de dano. Maria Berenice (2014, p. 203) salienta:

Existe a injustificável crença que a criança ficaria sujeita a dano potencial futuro por ausência de referências e comportamentos de ambos os sexos. Também o temor da ocorrência de prejuízos de ordem psicológica. Há até o mito de que os filhos de homossexuais teriam a tendência a se tornarem homossexuais. Mas vale lembrar que os homossexuais, de um modo geral, são frutos de relacionamentos heterossexuais [...] o direito de gerar e criar filhos está vinculado à própria dignidade da pessoa humana, com o conceito de que ela tem de si própria como indivíduo inserido em uma sociedade. Trata-se da busca por uma felicidade, pela realização do ser humano como recriador. A restrição a homoparentalidade afeta o mais sagrado de todos os direitos fundamentais, o direito a personalidade, no qual está inserido o direito de ter filhos, pois a maternidade e a paternidade fazem parte do ideário humano, de seu espectro de realização como seres humanos.

O direito que a criança ou o adolescente tem em ter uma família deveria prevalecer. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não traz nenhuma restrição quanto ao adotante da criança,

assim como a Lei nacional da Adoção que apenas exige que o “casal” seja casado ou mantenha união estável civilmente.

É permitida a colocação de crianças e dolescentes no que é chamado de família substituta, não sendo definida conformação dessa família, Limita-se a lei a definir o que seja família natural e família extensa ou ampliada, não se podendo afirmar que esteja excluída de tais conceitos a família homoafetiva. Ou seja, não há impedimento para um par homossexual abrigar uma criança como família substituta ou família ampliada. (DIAS, 2014, pág. 206)

É assegurado pelo Estatuto o reconhecimento das uniões homoafetivas no Direito familiar, previdenciário, trabalhista. Também serão assegurados os direitos ao casamento, união estável, divórcio, filiação, adoção e ao uso das práticas de reprodução assistida, proteção contra a violência doméstica e familiar, e os demais direitos assegurados à união entre cônjuges heterossexuais. No que se destina a área da saúde, pretende garantir procedimentos médicos, cirúrgicos, não cirúrgicos e psicológicos (OPPERMANN; DIAS, 2012, p. 2).

O objetivo do Estatuto no que se refere à família é garantir que esta goze dos mesmos direitos oferecidos às famílias constituídas por casais heterossexuais. Teriam direito às técnicas de reprodução assistida tanto individual como coletivamente, o direito à adoção, à guarda, à licença-natalidade. Em caso de separação, guarda compartilhada e obrigação alimentar. Assim como, o dever de indenizar dos pais quanto a discriminação referente à opção sexual ou a identidade de gênero do filho, e até mesmo por abandono material, se for este menor de idade. Como dispõem o Capítulo VI – Direito e dever à filiação, à guarda e à adoção, mais precisamente nos Artigos 22 e 23, que dizem, respectivamente: “O exercício dos

direitos decorrentes do poder familiar não pode ser limitado ou excluído em face da orientação sexual ou da identidade de gênero” e “Não pode ser negada a habilitação individual ou conjunta à adoção de crianças e adolescentes em decorrência da orientação sexual ou identidade de gênero de quem está habilitado para adotar”.

A homossexualidade existe e o Estatuto da Diversidade veio como proposta de tornar o país mais justo e igualitário.

4 CONCLUSÃO

Ao longo do artigo procurou-se entender um pouco mais sobre o que é o Estatuto — forma, o Estatuto da Diversidade apresenta-se como possível solução para a histórica trajetória de omissão por parte dos Poderes Executivo e Legislativo no que tange a existência e eficiência das políticas públicas de inclusão social.

A família é, talvez, o maior dos bens adquiridos, por isso, não se deve privar ninguém de tal riqueza. A adoção por casais homoafetivos deve ser garantida através da lei.

REFERÊNCIAS

BERBETZ, Ricardo Antônio. Os fundamentos à legislação em prol a adoção por casal homoafetivo. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12905> Acesso em: 21 out. 2013.

DIAS, Maria Berenice. Um Estatuto para a diversidade sexual. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/um_estatuto_para_a_diversidade_sexual.pdf> Acesso em: 26 out. 2013.

_____. **Uma lei por iniciativa popular.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_-_uma_lei_por_iniciativa_popular.pdf> Acesso em: 18 out. 2013.

_____. A invisibilidade das uniões homoafetivas. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/a_invisibilidade_das_uni%F5es_homoafetiva.pdf> Acesso em: 01 nov. 2013.

_____. Homoafetividade e os Direitos LGBTI. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRANJA, C. A.; MURAKAWA, P. T. Adoção por casais homoafetivos no Brasil. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=12561> Acesso em: 16 out. 2013.

GOERCH, Alberto Barreto. Controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto ao seu (novo) papel (político) na fiscalização/implementação de políticas públicas de inclusão social. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2014.

OPPERMANN, Marta Cauduro; DIAS, Maria Berenice. Estatuto da Diversidade Sexual: a promessa de um Brasil sem preconceito. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/estatuto_da_diversidade_sexual_-_marta_e_berenice.pdf> Acesso em: 18 out. 2013.

SPENGLER, Fabiana. União homoafetiva o fim do preconceito. 1. Ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

VIEIRA, Isabela. OAB vai elaborar projeto para Estatuto da Diversidade Sexual. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2620364/oab-vai-elaborar-projeto-para-estatuto-da-diversidade-sexual>> Acesso em: 01 nov. 2013.

Sites:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 21 out. 2013.

<http://www.estatutodiversidadeseexual.com.br/> Acesso em: 21 out. 2013.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 out. 2013.

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.%20ESTATUTO%20DA%20DIVERSIDADE%20SEXUAL%20-%20texto.pdf> Acesso em: 26 out. 2013

<http://www.tjrs.jus.br/site/> Acesso em: 29 mai. 2015

MÉDICOS TITULARES DE CARGOS PÚBLICOS, TETO REMUNERATÓRIO E A PRESTAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA MUNICIPAL: IDENTIFICANDO OS DISCURSOS DE APLICAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Ana Helena Scalco Corazza¹

Jonas Faviero Trindade²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No âmbito dos discursos de aplicação – a partir de Klaus

¹. Ana Helena Scalco Corazza é Mestranda do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa da linha do Constitucionalismo Contemporâneo: Observações Pragmático-Sistêmicas dos Serviços Públicos – Coordenado pelo Professor Janriê Rodrigues Reck. É Auditora Pública Externa, junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Contato: <ahelenacorazza@gmail.com>.

² Jonas Faviero Trindade é Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa da linha do Constitucionalismo Contemporâneo: Observações Pragmático-Sistêmicas dos Serviços Públicos – Coordenado pelo Professor Janriê Rodrigues Reck. É Auditor Público Externo, junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Contato: <jonas_1605@yahoo.com.br>.

Günther e da sua Teoria da Argumentação e da matriz Habermasiana da Teoria da Ação Comunicativa, que lhe precedeu – pressupõe-se que as normas a serem aplicadas em um determinado caso concreto já tenham tido o seu juízo de validade legitimado por meio dos discursos de fundamentação.

A justificação que consubstancia a validade das normas, tanto para Habermas quanto para Günther, ocorre em “condições ótimas, em que todos teriam o mesmo nível de argumentação, de informação, de capacidade de argumentação e, assim, chegariam a um consenso” (STRECK, 2014, p. 121), não se cogitando neste momento, portanto, as peculiaridades de uma situação fática.

Entretanto, a impossibilidade de se prever toda a variedade de situações imagináveis e futuras (quando da constituição da própria norma), orienta a teoria dos discursos dos autores alemães na sua dupla estruturação. Ou seja, após a justificação da norma, é necessária uma nova generalização, voltada agora para situações concretas e orientadas pela aplicabilidade.

Por oportuno, agrega-se o posicionamento de Streck, ao analisar a Teoria da Ação Comunicativa

Buscando resolver a questão da aplicação do direito nos casos difíceis, Klaus Günther faz uma distinção entre ‘discursos de fundamentação’ e ‘discursos de aplicação’, tese que receberá o apoio de Habermas. Veja-se que, embora nem Günther nem Habermas falem em casos fáceis e casos difíceis, a tese de Günther, a toda evidência, objetiva resolver os casos que ultrapassam aquilo que se convencionou denominar de *easy cases*. (STRECK, 2014, p. 134).

Dessa forma, ao operador da norma, a partir do discurso de aplicação, cabe, essencialmente, o juízo de adequação desta à singularidade do caso concreto. O discurso de aplicação, em suma,

deve “considerar todas as características de uma situação em relação a todas as normas que poderiam remeter a elas” (BITENCOURT; RECK, 2015, p.40).

E este juízo de adequação encontra estreita consonância com a análise da situação ora proposta. Isso porque, o julgador administrativo das contas de gestão³ dos Executivos Municipais do Estado do Rio Grande do Sul⁴ – apreciando situações concretas de médicos, agentes públicos, que percebem remuneração superior ao teto constitucional do Prefeito, em localidades nas quais a ausência desses profissionais na rede pública de saúde pode inviabilizar a prestação de serviços dessa natureza à população local – deve analisar as normas *prima facie* aplicáveis aos fatos, apurando, posteriormente, se essas são adequadas ou inadequadas à unicidade que reveste as situações concretas apresentadas.

Ocorre que, mesmo revestida de caráter essencial, a saúde pública encontra atualmente limitadores que vão muito além do famigerado orçamento público, notadamente nos Municípios pequenos: a falta de atratividade da remuneração paga nessas localidades. E, a despeito de existirem correntes doutrinárias que entendam que o direito à saúde detém um caráter meramente programático (assim como se daria com os demais direitos sociais),

³ Segundo o artigo 78 do Regimento Interno do TCERS, Resolução n° 1028/2015, as contas de gestão constituem o procedimento a que são submetidos os administradores dos poderes, órgãos autônomos ou entidades jurisdicionadas do Tribunal de Contas e demais responsáveis que, nos termos da lei, estatuto ou regulamento, forem nomeados, designados ou eleitos para exercer cargo ou função no âmbito do qual sejam praticados atos que resultem na utilização, na arrecadação, na guarda, no gerenciamento ou na administração de dinheiros, bens e valores públicos pelos quais o órgão autônomo e a entidade responda, ou que, em nome deste ou desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

⁴ Considerando que o recorte proposto para este trabalho abrange somente as decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, os julgadores a quem o artigo se refere são os Conselheiros do TCERS e os Auditores Substitutos de Conselheiro, que proferem os julgamentos e/ou apreciação das contas de gestão de das contas de governo dos Responsáveis pelos órgãos públicos sob sua jurisdição.

em verdade, “o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos” (STF, 2015).

Em suma, amparado exatamente sobre o contexto acima exposto, que ordinariamente chega à pauta dos processos administrativos que tramitam junto ao Tribunal de Contas Gaúcho, é que o presente artigo pretende discorrer. E, a partir da matriz da Teoria da Argumentação Jurídica de Klaus Gunther, filiada à teoria da Ação Comunicativa de Habermas, é que se intenta identificar e demonstrar a pertinência dos discursos de aplicação (e da adequação) nos impasses que envolvem a remuneração dos servidores médicos⁵ junto aos Municípios e os julgamentos proferidos pelo TCERS neste tocante.

1 O SUBTETO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS, O DIREITO À SAÚDE E A CARÊNCIA DE PROFISSIONAIS MÉDICOS NOS MUNICIPIOS GAÚCHOS

O artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, estipula o teto remuneratório dos agentes públicos, bem como os respectivos subtetos, dentre os quais, o subteto remuneratório municipal, que consiste no subsídio do Prefeito⁶. Dentro dessa limitação encontra-se, portanto, os valores pagos a título de remuneração aos servidores

⁵ O artigo não fará distinção entre as situações em que os profissionais médicos são titulares de cargos efetivos ou contratados temporariamente. Entretanto, não serão analisadas as terceirizações dos serviços médicos (e os efeitos remuneratórios daí decorrentes), já que extrapolar-se-ia o objeto ora pretendido.

⁶ Pontua-se que as verbas de natureza indenizatória não são computadas para fins do limite previsto pelo teto constitucional.

titulares do cargo efetivo de médico e aos médicos vinculados ao Ente por meio de contratos temporários.

A ideia de se estabelecerem parâmetros para a remuneração dos servidores e agentes públicos *lato sensu* está consubstanciada, dentre outros, no princípio da moralidade, no impedimento de que em âmbito público se estabeleça qualquer tipo de privilégio ou tratamento anti-igualitário, bem como em princípios de austeridade orçamentária.

A matéria já foi (e permanece sendo) objeto de inúmeros e intensos debates em âmbito judicial, tendo o Supremo Tribunal Federal-STF se pronunciado sobre a imperatividade do teto constitucional e seus reflexos em várias oportunidades. Por oportuno, destaca-se a seguinte informação veiculada no sítio eletrônico da Corte Constitucional, porque afeta ao tema ora proposto

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a regra do teto remuneratório dos servidores públicos é de eficácia imediata, admitindo a redução de vencimentos daqueles que recebem acima do limite constitucional. A decisão foi tomada nesta quinta-feira (2) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 609381, com repercussão geral reconhecida, no qual o Estado de Goiás questionava acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-GO) que impediu o corte de vencimentos de um grupo de aposentados e pensionistas militares que recebiam acima do teto.

[...]

“Dou provimento para fixar a tese de que o teto de remuneração estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003 é de eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nela fixadas todas as verbas remuneratórias percebidas pelos servidores de União, estados e municípios, ainda que adquiridas sob o regime legal anterior”, concluiu o ministro Teori Zavascki. (STF, 2014).

Inobstante a determinação acima noticiada, é sabido que a observância aos limites do teto, bem como a redução, ou não, da remuneração e/ou subsídio ao patamar estabelecido pela EC 41/2003, não se encontra pacificada em nenhuma unidade da federação brasileira. Os institutos do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos ainda são rotineiramente utilizados por aqueles que não querem ver seus vencimentos reduzidos ou limitados pela norma constitucional, podendo-se presumir que muitas demandas judiciais ainda versarão sobre a matéria.

De outra sorte, registra-se que Constituição de 1988 prevê que a saúde é um direito de todos a ser prestado pelo Estado⁷ de maneira gratuita, universal, igualitária e integral, por meio de um Sistema Único de Saúde-SUS que abrange União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal.

A atenção básica à saúde, consoante orientações do SUS, Lei n° 8.080/90, e da Portaria n° 2.488/2011⁸ do Ministério da Saúde, tem na Saúde da Família sua estratégia prioritária para expansão e consolidação da atenção básica. A referida Portaria ainda destaca que “[...] a atenção básica estruturada como primeiro ponto de atenção e principal porta de entrada do sistema, constituída de equipe multidisciplinar que cobre toda a população [...]”. E, quanto aos requisitos para as ações básicas em saúde, o mesmo ato administrativo dispõe que as equipes multiprofissionais, em âmbito local, serão compostas “[...] por médicos, enfermeiros, cirurgiões-dentistas, auxiliar em saúde bucal ou técnico em saúde bucal, auxiliar de enfermagem ou técnico de enfermagem e Agentes

⁷ A expressão aqui tem sentido *lato*, abrangendo União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

⁸ Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS).

Comunitários da Saúde, dentre outros profissionais [...]”.

Sem desconsiderar ainda a existência de uma vasta gama de normas e orientações que regulam a tripartição das competências em relação à saúde pública, uma simples análise das disposições insertas na Portaria acima mencionada já permite a compreensão de que a existência de profissional médico junto ao Sistema Único, visando o atendimento das primeiras necessidades dos usuários, é pressuposto básico para o funcionamento do SUS em qualquer Município.

Entretanto, são notórias as dificuldades dos Município brasileiros, dentre os quais os gaúchos, neste tocante. Os obstáculos se acentuam nos Municípios pequenos e afastados geograficamente da capital. Inclusive, reportagem jornalística veiculada pelo jornal Zero Hora, já em 2013, assim dispôs acerca da (in)existência de profissionais médicos em algumas localidades do Estado do Rio Grande do Sul: **“Municípios fazem verdadeira ginástica legal para garantir a presença dos profissionais”**.

Por oportuno, leia-se o seguinte trecho da matéria

Hoje, os médicos das cidades pequenas recebem quase o triplo do que os de grandes centros. E até o dobro do que os próprios prefeitos, o que exige uma verdadeira ginástica legal na hora da contratação – a Constituição Federal determina a remuneração dos prefeitos como o teto para pagamento dos servidores municipais.

[...]

Vice-presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado (Cremers), Fernando Weber Matos não interpreta as remunerações do Interior como supersalários. Ele argumenta que os profissionais têm dedicação exclusiva. Segundo ele, nos grandes centros, as remunerações adicionais de plantões e consultas particulares garantem renda melhor. Auditor do Tribunal de Contas do Estado (TCE-RS),

Paulo Luiz Squeff Conceição admite que é comum ter pequenas cidades escolhendo entre deixar a população sem atendimento médico ou passar por cima da legislação. Ele explica que muitos prefeitos ganham em torno de R\$ 5 mil e fica quase impossível contratar médicos por essa remuneração. (ZERO HORA, 2013).

Nesse contexto, percebe-se que a permanência de médicos atuando em pequenos Municípios constitui-se em uma prioridade da gestão pública local. Esta passa a não observar os limites legais de remuneração desses profissionais e/ou busca alternativas por meio de terceirizações, por exemplo (situação que, ao cabo, tende a resultar igualmente em violação aos limites estipendias legais). Tudo isso visando aplicar a Constituição Federal no que tange ao acesso dos cidadãos aos serviços médicos.

No âmbito do TCERS, no Pedido de Orientação Técnica (Processo nº 01927-02.00/11-9), julgado pelo Tribunal Pleno da Corte, sessão em 18/12/2103, o Conselheiro-Relator assim se manifestou sobre essa matéria

Os Municípios, considerando o comando constitucional, além das questões materiais, estão adotando providências para atender as demandas da saúde constituindo suas estruturas com a realização de concursos, buscando contratações de médicos e demais servidores. Os relatos trazidos pelas administrações municipais dão conta, o que a experiência tem confirmado, em vários casos concretos, que inviabilizadas estão diversas das tentativas de dotar o atendimento médico nas cidades menores e menos estruturadas, face ao obstáculo trazido pela remuneração ofertada, visto comando disciplinado pela Constituição Federal, a qual é considerada de baixo valor.

Ocorre que, em diversas situações fáticas, as remunerações ofertadas - limitadas ao subsídio do Prefeito - não tem atraído profissionais da medicina, circunstância que tem acarretado insuportáveis prejuízos à cidadania, posto que envolvem comandos de ordem constitucional.

[...]

Por enquanto, considerando a realidade fática atual, face as disposições constitucionais aplicáveis à espécie, cabe a este Órgão de Controle Externo examinar caso a caso, sempre atento aos princípios constitucionais e, em especial, ao comando contido no artigo 196 da Constituição Federal. (TCERS, 2013).

Como se percebe, a orientação do órgão Pleno da Corte de Contas para o julgamento de matérias análogas a ora abordada (no seu âmbito de jurisdição), é no sentido de sopesamento das peculiaridades existentes em cada Município, sempre tendo como norte a concretude do direito à saúde.

Cabe salientar, ademais, que a vigente Constituição Federal é, nas palavras de Paulo Bonavides (2016, p. 379) “uma Constituição do Estado Social”. Nessa linha, o referido jurista, ao tratar da crise dos direitos sociais na Constituição de 1988, pontua que “não há outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado” (2016, p. 387) e que “os direitos sociais básicos, uma vez desatendidos, se tornam os grandes desestabilizadores das Constituições” (2016, p. 389).

Em suma, vislumbra-se que, a despeito da saúde financeira dos cofres públicos municipais, é a garantia da saúde à população que parece traduzir o verdadeiro ideal social que reveste a atual Constituição brasileira.

2 OS DISCURSOS DE APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E A UTILIZAÇÃO DA NORMA MAIS ADEQUADA

Segundo Jürgen Habermas e Klaus Günther, há que se distinguir “a imparcialidade que se expressa em um procedimento de

justificação que se projeta para o futuro e para todos a partir de situações imagináveis”, de um outro processo “voltado para a todas as situações relevantes possíveis da situação, regidas por um juízo de ‘aplicabilidade’” (RECK, 2006, p. 211-212).

Mais especificadamente, Günther, em sua obra Teoria da Argumentação no Direito e na Moral, explica que os discursos de fundamentação

[...] devem [...], em disposição hipotética, para além da situação concreta, generalizar uma norma adequada proposta em consonância com o estágio do nosso conhecimento, com a finalidade de examinar se, para os interesses de cada um individualmente, as consequências e os efeitos colaterais da observância geral poderão ser aceitos por todos, em conjunto e sem coação. (GÜNTHER, 2011, p. 38).

Já os discursos de aplicação, para o mesmo jurista alemão, “combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada” (2011, p. 38), ou seja, segundo Günther os discursos de aplicação

‘recontextualizam’ a norma, extraída de seu contexto, quanto à sua validade, à luz de um interesse comum, ligando a sua aplicação à consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo”. (GÜNTHER, 2011, p.38).

Destarte, os Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiros do TCERS, ao apreciarem e/ou julgarem as contas dos Administradores Públicos sob a sua jurisdição, valem-se de discursos de aplicação, com base em normas válidas *prima facie* nos discursos

sos de justificação. Ou seja, deparam-se com situações e interesses concretos e com diferentes interpretações da situação, devendo produzir uma interpretação que seja coerente à luz de tais fatos e interesses.

Sobre o discurso de aplicação, leia-se elucidativo excerto

A relação de uma norma com todos os demais aspectos de uma circunstância precisa ser definida, de novo, em cada situação de aplicação, porque não é possível prever a alteração de constelações de sinais característicos. Evidentemente, a opção por uma determinada norma sujeita à aplicação passa novamente a ser seletiva, e essa seletividade é reforçada ainda mais pelo fato de que a norma, a ser aplicada, precisa ser não apenas adequada à situação, mas para ser fundamentada, requer também representar um interesse geral. Entretanto, a seleção pode ser considerada *adequada*, se tiver sido precedida da consideração de todos os sinais característicos da situação de aplicação. (GÜNTHER, 2011, p. 62).

Com efeito, o Tribunal de Contas do Estado, ao analisar o Processo de Contas⁹ n° 10634-0200/07-9, exercício de 2007, do Município de Barra do Rio Azul, analisou pormenorizadamente a aplicabilidade da limitação do *quantum* remuneratório dos servidores médicos em cotejo com a (precária) prestação de serviços de saúde básica. No julgamento do Processo, a Conselheira-Relatora, em substituição, Heloisa Piccinini, dispôs em seu Voto que

Consoante ao item 2.3 - pagamentos aos detentores do cargo de médico em valores superiores ao subsídio do Prefeito, afrontado o disposto no art. 37 da

9 Os processos de contas existiram no âmbito da Corte de Contas até 2012. A partir de então os processos na casa se subdividem em contas de gestão e contas de governos.

Constituição, no valor de R\$ 24.008,70 [...]. Por esta razão permanece a falta a necessária e restituição ao erário municipal do valor pago indevidamente”. (TCERS, 2008).

Na sequência, o Conselheiro César Miola, sustentando a complexidade dos temas destacados no feito, solicitou vista dos autos e proferiu Voto, cujo excerto junta-se abaixo

Com efeito, em que pesem o zelo e a acuidade com que se estruturou o diligente trabalho técnico no enfrentamento do tema, bem como o não menos judicioso entendimento manifestado pela nobre Relatora, não posso deixar de considerar, no exame do caso concreto, a realidade presente em muitos Municípios brasileiros. Um dos maiores problemas atualmente enfrentados pelas administrações locais reside exatamente em como conciliar o encargo de oferecer atendimento médico aos munícipes com a dificuldade (quase impossibilidade) de atrair profissionais interessados na prestação de tais serviços por oferta pecuniária (principalmente nas comunas de menor porte, e em razão dos limitadores já conhecidos), fixada em patamares frequentemente inferiores aos padrões remuneratórios alcançados pela classe médica no mercado. E não vai, aqui, uma crítica às conquistas da categoria, mas apenas uma leitura do cenário atual, em que os altos custos da formação e especialização na área acabam refletindo na pretensão de ganhos, não raro superiores aos subsídios de agentes políticos.

[...]

Sobressai, aqui, a propósito, a evidente impropriedade de se estabelecer como “teto remuneratório” o valor dos estipêndios fixados a detentores de mandato eletivo (in casu, o Prefeito - art. 37, inc. XI, da CR/1988, na redação dada pela EC nº 41/2003). Na espécie, configura-se injustificável assimetria (com origem no próprio Texto Constitucional), na medida em que na União o referencial é o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e nos Estados e DF abre-se um leque de limitadores, facultando-se, inclusive, quanto a estes (por força da EC nº 47/2005), o estabelecimento de um “teto único” (o subsídio dos Desembargadores). Com isso, como regra, as respectivas definições não passam pelas intercorrências típicas da periódica renovação dos mandatos e das correspondentes remunerações.

Diante disso, sem perder de vista a regulação atinente à matéria, mas interpre-

tando-a à luz das especificidades do caso concreto, entendo possível relevar a prática isolada, até mesmo pela boa-fé que nela se denota, determinando-lhe, contudo, que implemente medidas voltadas à adequação do caso concreto aos ditames constitucionais que o disciplinam.

II - Ante o exposto, divergindo, respeitosamente, da eminente Relatora, manifesto-me pelo afastamento do débito relativo ao subitem nº 2.3, no valor de R\$ 24.008,71 (vinte e quatro mil, oito reais e setenta e um centavos), acompanhando-a quanto aos demais aspectos. É o meu voto. (TCERS, 2008).

O Voto do Conselheiro, em divergência do da Relatora, foi, após ser proferido, seguido por esta última que, por meio da Decisão nº 2C-0922/2008, sessão em 16/10/2008, dentre outras determinações, afastou a proposta técnica de restituição ao erário dos valores pagos acima do teto aos detentores do cargo de médico. Foi mantido, no entanto, o posicionamento dos julgadores quanto à existência de inconformidade no ato, o que culminou na imposição de multa em desfavor do Gestor.

Ressalta-se que a fundamentação do Voto divergente deste *decisum*, amparou, posteriormente, o julgamento do Processo de Contas de Gestão nº 08399-0200/12-7, Executivo Municipal de Jacutinga – quanto ao item que consignava que médicos contratados temporariamente perceberam remuneração superior ao subsídio do Prefeito. Foi afastada, igualmente, a indicação de restituição de valores aos cofres municipais e mantida a irregularidade para fins de multa.

Em outro julgamento, Processo nº 08121-0200/12-6, Executivo de Cambará do Sul, relativo ao exercício de 2012, sessão de julgamento em 05/03/2015, o Conselheiro-Relator Estilac Xavier, assim se pronunciou

Portanto, sem delonga, alinho-me a posição expedida pela Supervisão, na qual se

esclarece de forma incontestada a imperatividade do teto no caso em análise. Mais, anuo ainda com o afastamento do débito em virtude do alcance da finalidade pública do gasto, eis que os serviços foram prestados e por ser notória a dificuldade de se contratar profissionais na área da saúde no interior do Estado. Mais, tal veredito perfila-se a precedente (4) desta Corte de Contas, sobre caso idêntico, no qual se afastou a glosa invocando, para tal, os motivos acima relacionados. Logo, como houve a prestação dos serviços, afasto a sugestão de débito, mantenho a falha com aplicação de multa pecuniária e recomendo ao atual Gestor que evite a reincidência no caso. (TCERS, 2015).

Vê-se que novamente é afastada a necessidade de o Gestor restituir valores ao erário (que tenham extrapolado os limites constitucionais), mesmo o julgador sustentando serem cogentes os limites do teto. Entende a Corte, nos casos apontados como paradigma, que para dar coerência ao ordenamento jurídico, a disponibilização de serviços médicos à população é questão relevante ante os “sinais característicos para a situação” (RECK, 2006, p. 214).

Nas situações analisadas, conforme afirma Reck

A seleção dos fatos é que justamente servirá para a concretização da norma, dá a importância deste momento que geralmente passa despercebido pelos juristas. Mas o que são os sinais característicos para a aplicação? São todos os fatos relevantes para o deslinde do caso. (2006, p. 214-215).

Ou seja, as peculiaridades situacionais que se apresentam – ausência de médicos em municípios pequenos e falta de interesse desses profissionais em atuar no interior do Estado – levam o Conselheiro (julgador), a partir de uma aplicação imparcial da lei, a confrontar as normas válidas e decidir a respeito da adequação dessas às situações nas quais o direito à saúde corre o risco de não se efetivar.

Destarte, todas as normas integrantes de um ordenamento,

que se fizeram válidas a partir de um discurso de fundamentação, não perdem a sua validade nos discursos de aplicação, “mas sim são ‘inaplicáveis’ conforme o caso; não concorrem entre si, pelo contrário, mantém sua validade neste nível [...]” (RECK, 2006, p. 216).

Tal constatação se vislumbra de forma cristalina nos casos em que o TCERS aplica os ditames do artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, mesmo quando as remunerações dos servidores médicos ultrapassam o teto constitucional. Dessa forma, não são levantados questionamentos acerca da validade na norma constitucional que institui o subteto dos servidores municipais; pelo contrário, ela é exaltada exatamente pela dimensão do seu alcance e pelos reflexos que gera em termos de moralidade e austeridade.

Assim, considerando a necessidade de coerência entre a norma, os fatos e o ordenamento, o intérprete *in casu*, aplica aquela norma considerada a mais adequada – aquela que, ao cabo, vai viabilizar a existência de médicos nos Municípios.

Registra-se que o TCERS tem se orientado, quando da apuração da efetividade, ou não, dos serviços de saúde em cada Município, por realizar uma verificação “caso a caso”, já que podem ocorrer variações em cada localidade. E, essa forma de proceder parece garantir a imparcialidade dos discursos de aplicação pela Casa.

Isso porque, “a necessidade de considerar novas interpretações de uma situação só poderá ser deduzida a partir da ideia de uma aplicação imparcial” (GÜNTHER, 2011, p. 63). Acerca da necessidade de imparcialidade nos discursos de aplicação, reitera-se a sua imprescindibilidade já que “enquanto a aplicação de normas permanece sob a vigilância da ideia da imparcialidade, uma violação das características específicas da situação fica excluída” (2011, p. 61).

Sobre o tema, cabe a ainda considerar que “A perspicácia nos

discursos de aplicação deve estar relacionada à habilidade em selecionar os fatos, pois serão os fatos selecionados que servirão de base para a concretização da norma na situação exigida” (BITENCOURT; RECK, 2015, p.43).

Por todo exposto e, seguindo na Teoria de Günther, ressalta-se que nas situações em que são relevantes as questões de “aplicabilidade” da norma “somos inicialmente confrontados com as necessidades e os interesses de pessoas concretas, bem como com diferentes interpretações da situação [...]” (2011, p. 63).

Destarte, com amparo exatamente nos interesses e necessidades de pessoas concretas, é que nos discursos de aplicação do TCERS, quando da apreciação da responsabilidade dos Gestores Municipais por seus atos de gestão, tem-se julgado mais adequada e coerente com o ordenamento jurídico a norma constitucional que estabelece a saúde como direito de todos – e, conseqüentemente, não aplicável a norma que prevê a limitação da remuneração de servidores municipais médicos através do subteto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se, como visto, de situação que, além de ser complexa, está rotineiramente presente nos atos de gestão dos Prefeitos, bem como nas pautas de julgamento do TCERS.

Aos Administradores Públicos (muitas vezes com vencimentos pouco expressivos, que refletem a própria situação orçamentária do Ente que representam), restam as tentativas, em geral por meio de concursos públicos, de, por sorte, atrair profissionais médicos para seus Municípios, sem desprezar os limites consti-

tucionais do teto. Entretanto, essa realidade raramente se verifica na prática.

Assim sendo, os discursos de aplicação utilizados pelos julgadores da Corte de Contas, nos processos analisados acima, embora demonstrem a apreciação individual das peculiaridades de cada Executivo Municipal, registram obstáculos em comum entre eles, consistente na dificuldade em captar profissionais médicos.

Em síntese, percebe-se que o órgão julgador ora analisado, a partir dos seus discursos de aplicação, avaliando as situações fáticas apresentadas (tamanho do município, distância da Capital do Estado, orçamento, dentre outros), profere sua decisão que, nesses casos, tende pela não aplicação do texto constitucional que prevê o limite remuneratório dos servidores vinculado ao teto do Prefeito, por interpretá-lo não adequado aos casos propostos.

Até porque, a carência de profissionais de saúde, em âmbito fático, constitui-se, na verdade, em um dos “sinais característicos”, nas palavras de Günther, que o intérprete deve considerar para aplicar a norma em um caso concreto, já que a ausência de médicos, na prática, resulta na ineficácia do direito à saúde nestes locais.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, C.M.; RECK, J.R. O papel dos discursos de fundamentação, de aplicação e pragmáticos para a decisão e controle em matéria de políticas públicas. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (organizadores). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em 19 Abr. 2016.

_____. Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html>.

Acesso em: 19 Abr. 2016.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RECK, Janriê Rodrigues. *A Construção da Gestão Pública compartilhada: O uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público*. 2006. 320 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

STF. Supremo Tribunal Federal. A G .REG. no Recurso Extraordinário 831.385 Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3492209>>.

Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Teto constitucional deve ser aplicado sobre valor bruto da remuneração de servidor*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289578>>

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TCERS. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Pedido de Orientação Técnica-Processo nº 01927-02.00/11-9. Data da sessão: 18/12/2013. Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/jurisprudencia>>. Acesso em 20 abr. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº 10634-0200/07-9. Data da sessão: 16/10/2008. Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo n°. 08399-0200/12-7. Data da sessão: 04/02/2015. Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo n°. 08121-0200/12-6. Data da sessão: 05/03/2015. Disponível em <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/jurisprudencia>>.

Acesso em: 20 abr. 2016.

ZERO HORA. *Médicos do interior chegam a ganhar mais do que os prefeitos das cidades*. Porto Alegre, 19 mai. 2013. Acesso em 21 abr. 2016.

IDENTIDADE E DIFERENÇA: OS PRIMEIROS OLHARES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À TRANSEXUALIDADE

Juliana Ribas^{1*}

Anaise Severo^{2**}

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DIREITO E INCLUSÃO SOCIAL

A marginalização da comunidade transexual a expõe a uma situação de violência e indignidade intolerável para os padrões de humanização do século XXI. O Brasil é o país com mais assassinatos de transexuais femininas – transfeminicídios – no mundo: nos últimos 07 anos foram 689 mortes, do somatório de 1.700 no mundo inteiro³.

^{1*} Bolsista CAPES. Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

^{2**} Graduanda em Ciências Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – VI Semestre.

³ Pesquisa realizada pelo Transgender Europe's Trans Murder Monitoring (TMM) project. Disponível em < <http://tgeu.org/tmm-idahot-update-2015/> >, acesso em 23/11/2015, as 20h20min.

O sistema jurídico brasileiro vagarosamente reconhece e positiva temas de referentes às minorias, como direitos sexuais e de gênero; demandas que ganharam fôlego desde maio de 1968, a partir do crescimento da visibilidade de grupos homossexuais, travestis e transexuais.

Em novembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral do RE n. 670.422/RS, que analisará a *possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo*⁴. Um ano depois, a pauta dos direitos transexuais é trazida novamente à Corte através do RE n. 845.799/SC, que deverá agora analisar também a *possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente*⁵.

O reconhecimento expresso da repercussão geral desses casos nos provoca questionamentos: que parâmetros jurídicos devem ser aplicados? Afinal, o que é gênero? Gênero difere-se de sexo? Pode o Estado tratar um cidadão de forma diferente da qual ele se identifica?

As estruturas jurídicas ainda não positivaram respostas para questionamentos dessa ordem. Este trabalho se insere nessa lacuna, pretendendo auxiliar na explicitação de conceitos que enten-

⁴ Tema 761 de Repercussão Geral, conforme sítio do Supremo Tribunal Federal, <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>, acesso em 05/10/2015 as 18h37min.

⁵ Tema 778 de Repercussão Geral, conforme sítio do Supremo Tribunal Federal, < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778> >, acesso em 05/10/2015 as 18h46min.

demos melhor coadunar com o contexto constitucional brasileiro, através de uma abordagem interdisciplinar, em consonância com a dignidade da pessoa humana.

2 UM PACTO SEMÂNTICO: SEXO, GÊNERO E IDENTIDADE

Corpos inconclusos, desfeitos e refeitos, arquivos vivos de histórias de exclusão. Corpos que embaralham as fronteiras entre o natural e o artificial, entre o real e o fictício, e que denunciam, implícita ou explicitamente, que as normas de gênero não conseguem um consenso absoluto na vida social (BENTO, 2003, p. 21)

Antes de relatarmos o cenário da transexualidade no Brasil e os casos que serão ventilados em nossa Corte Suprema, precisamos acordar alguns termos que serão utilizados ao longo do artigo: utilizaremos a expressão *transexual feminina*, bem como *artigos femininos* para denotar os indivíduos que se sentem e se identificam como mulheres; *transexual masculino* e *artigos masculinos* para indivíduos que se identificam como homens. Não distinguiremos, como o fazem parte da doutrina, travestilidades de transexualidade. Seguiremos as lições de Berenice Bento, que entende que *afirmar que as mulheres transexuais se diferenciam das travestis porque se sentem mulheres é tomar a categoria mulher como um dado que por si só evoca um conjunto de atributos que pertencem a todas mulheres* (BENTO, 2008:75).

Diferentes estudos sobre gênero e sexualidade iniciaram em 1960 e na década seguinte foram apropriados e expandidos pelas teorias feministas que exploravam os mecanismos da subordinação da mulher, procurando responder, em primeiro lugar, ao questio-

namento: o que é ser mulher? Era preciso – e ainda é, pois tal indagação ainda não foi superada – identificar as diferenças presentes no binômio feminino/masculino para reivindicar a igualdade de tratamento entre os dois – pauta do movimento feminista liberal, o primeiro identificado historicamente.

Esses aspectos possibilitam discussões plurais a respeito das relações entre sexo, gênero e sexualidade – portanto, discussões sobre identidade. Tais relações *estão diretamente implicadas nas maneiras como se estruturam, não somente as relações erótico-afetivas, mas também as relações de trabalho, as políticas públicas de saúde, educação* (NARDI, 2013: 16). O sistema social perpetua, quanto as questões em pauta, as relações de dominação social, reproduzindo a ideologia do corpo dominante, tanto cultural quanto socialmente. Uma vez dada as diferenças culturais do corpo abjeto em relação ao corpo cis, ignora-se a perspectiva da diferença, na qual ratificam-se desviantes tais como corpos de clausura.

Estruturalmente, as pessoas são identificadas enquanto homem ou mulher a partir de determinados signos inventados para a construção filosófica de um corpo que atenda à condição de habitual ao discurso inteligível de uma existência metafísica. Neste tentativa redutora ao binarismo, símbolos são incorporados enquanto regras dialéticas para cada qual: paixões, impulsos, cargas afetivas em suas diferentes velocidades tidas enquanto determinantes na constituição de um estereótipo de gênero. O corpo torna-se sujeito à adjetivação, pertencente a apenas uma propriedade dual, reduzido ao corpo apropriado.

Para melhor compreensão, sexo é uma definição biológica, construída a partir do órgão sexual que cada pessoa nasce. Gênero é uma definição social que depende da autodeterminação do indi-

víduo e sua performance social, convém ressaltar a diferenciação entre orientação sexual e gênero: distinguir homossexualidade de transexualidade é uma parte importante do discurso de demarcação de gênero. O que não significa que todo transexual é heterossexual.

Gênero é construção (BUTLER, 2003: 21), é a sinalização exterior de marcadores sociais estéticos - ressaltando a importância complexa do processo de subjetivação de determinados comportamentos; gênero é performance reiterada. Tal performance é socialmente aceita quando apresenta *relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo* (BUTLER, 2003: 38). Ou seja, quando segue estereótipos de gênero e noções de feminino e masculino predominantes.

Identidade pressupõe processos de subjetivação frente a diferença, envolvidos por relações sociais, genealogicamente marcados por práticas linguísticas sujeitas às relações de controle. *Elas* [as identidades] não são simplesmente definidas; elas são impostas. Elas não convivem harmonicamente, lado a lado, em um campo sem hierarquias; elas são disputadas (SILVA, 2009: 81).

Se gênero é construção, é ação reiterada de estereótipos, pode mudar? Pode ser de forma diferente? Pode fugir desse fenômeno de genitalização? Berenice Bento relembra que *as performatividades de gênero que se articulam fora dessa amarração são postas às margens, analisadas como identidades transtornadas, anormais, psicóticas, aberrações da natureza, coisas esquisitas* (BENTO, 2008: 45).

Em resposta ou fuga à uma ação teórica, que busca delimitar os nuances nocivos de uma cultura *trans*, procuramos considerar a complexidade histórica presente nos corpos em questão, e assim compreender os processos de fixação da identidade, bem como os

processos que impedem tal fixação (SILVA, 2009: 84). Diferentes práticas foram-se criando em torno do assunto, emergindo a possibilidade de um discurso desviante, tal como na teoria *queer*, que supera as diferenciações entre sexo e gênero, ou corpo e cultura, natureza e cultura. *Se o gênero são significados culturais assumidos pelo corpo sexuado, não se pode dizer que ele decorra, de um sexo desta ou daquela maneira* (BUTLER, 2003: 24).

A transexualidade é a materialização dessa possibilidade de construção alternativa de gênero, eis que o sexo designado no nascimento – a genitália do indivíduo – se apresenta como obstáculo para o corpo desejado. Berenice Bento sugere que *a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito de normas de gênero* (BENTO, 2008: 18). A autora continua:

A experiência transexual destaca os gestos que dão visibilidade e estabilidade aos gêneros e estabelece negociações interpretadas, na prática, sobre o masculino e feminino. Ao mesmo tempo quebra a causalidade entre sexo/gênero/desejo e desnuda os limites de um sistema binário assentado no corpo-sexuado (o corpo-homem e o corpo-mulher) (BENTO, 2008: 21).

Nesse processo significativo de desnudar o sistema binário, não mais encontramos o que significa ser diagnosticado com transtorno de identidade de gênero, porém uma desorganização enquanto potência para, uma emergente despatologização do corpo e do sistema de símbolos que o mutam. Essa normalização⁶ do cisgênero⁷ – naturalização do indivíduo que se identifica com o gê-

⁶ Para Tomaz Tadeu da Silva: *Normalizar significa eleger – arbitrariamente – uma identidade específica como o parâmetro em relação ao qual as outras identidades são avaliadas e hierarquizadas.* (SILVA, 2009: 83)

⁷ O cisgênero é o binário do transgênero, são criados em conjunto. Só há transgênero se for possível distingui-lo de algo – o indivíduo que se identifica com o sexo que lhe foi atribuído ao nascer. O cisgênero é a criação linguística que identifica o transgênero através da diferen-

nero que lhe foi atribuído ao nascimento – fundamenta-se em um sistema cissexista, que impõe o corpo abjeto tal como identidade passível ao diagnóstico.

Berenice Bento descreve que *receber o diagnóstico de transtorno de identidade de gênero – TIG – é ser, de certa maneira, considerado doente, errado, disfuncional, anormal e sofrer uma certa estigmatização em consequência do diagnóstico* (BUTLER, 2009: 95). Sujeitar a experiência transexual enquanto patologia remete a afirmações excludentes, nas quais os processos de constituição do corpo não compõem certa singularidade, inviabilizando sua articulação aos tentames e vivências.

A opressão aparece cruelmente na linguagem, no sufixo *ismo* de *transsexualismo*, sufixo utilizado para designar doença, conduta perversa. A Teoria *queer* nasce a partir dessa concepção do errado, do *ismo*, da perversidade, com um discurso desse *estranho*⁸, que assume essa diferença marginalizada e não procura normatizá-la, não busca seu retorno ao centro, ao aceito. Recusa-se a ser corrigido, adequado. Esse empoderamento a partir do insulto, essa apropriação do *estranho*, constrói uma concepção pós-identitária (BENTO, 2008: 54).

Ann Ferguson, ao dialogar com tal perspectiva, descreve o indivíduo como uma consciência complexa que se constrói, mas que sempre é moldada por um corpo. Nasce-se em um corpo e durante o processo de experiência corporal, identificação e coerência interna, identifica-se psiquicamente com uma ou mais imagens corporais. Dentro desse processo de corporalidade e psicologização, Ferguson (1996:113) defende que para além da performance

ciação.

⁸Tradução para o português do substantivo *queer*.

presente no gênero, um processo de criação o envolve. Ainda, é na experiência da infância, na qual a criança pode se identificar com as expressões binárias de gênero (masculino/feminino) que o aprendizado se dá frente à repressão de identificações corporais psíquicas referentes ao sexo oposto ao seu.

No efeito do múltiplo, a transexualidade se faz na expressão de um corpo que recusa a delimitação imposta, desorganizando-se em uma constituição binária para que sua individuação se construa desviante. Constrói sua subjetividade – o seu *eu* –, identificando-se com o corpo e a conduta atribuídos ao sexo oposto ao pertencente do nascimento, ainda que essa oposição não seja uma aceitação de essência irreduzível, porém de fragmentos de um processo emergente de constituição para com este corpo híbrido.

O fato de que a patologização do corpo está enquanto consenso, resigna-o a um abjeto em busca de cura, marcado por disfunções biológicas e psicoafetivas. Entretanto, a atual politização do gênero reivindica novas formas de agir com os padrões empíricos dessa opressão que tenta catalogá-lo.

3 TRANSEXUALIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

A experiência na construção de um corpo expressa a formulação de uma existência singular. Nesse modo de expressão em meio a uma realidade sensível, todo corpo é circunscrito em contrapartida à exclusão de algo. E é neste algo que o consenso opera, considerando que a arte presente no corpo-híbrido não é tida enquanto concepção original, porém como construção destoante

de um determinismo biológico, e por isso inválida. Tais corpos manifestam a ausência de modos além binários.

A partir daí, a introdução de políticas públicas ao debate torna-se imprescindível, posto que constituem o espectro que justapõe o conhecimento científico às produções empíricas do Estado, ressaltando determinados grupos de atores sociais, enquanto questões públicas. Para tanto, faz-se necessário a definição do papel do Estado para com as demandas emergentes do mundo moderno, uma vez que estas políticas redirecionam o coletivo em detrimento do interesse de determinados grupos para que dada demanda social venha a ser atendida em uma perspectiva de governo democrático, ora não mais marcado em razão de coletivo sobrepondo o particular, porém enquanto reconhecimento de novos processos de subjetivação.

Os primeiros trabalhos acerca da transexualidade foram publicados em 1950 e multiplicaram-se nas décadas subsequentes. Em 1973, a transexualidade passou a ser considerada disforia de gênero, entendimento que permanece até hoje. Em 1980, o *transexualismo* foi incluído no DSM como distúrbio de identidade de gênero. Em 1994, o termo foi substituído por Transtorno de Identidade de Gênero.

A partir de 1990, a temática transexual ganhou maior visibilidade nas pesquisas brasileiras nas obras de Hélio Silva, Don Kulick e Marcos Benedetti. Com o tempo, a pauta transexual foi ampliada a partir da politização do grupo. O indivíduo politizado *passa a perceber que enquanto as normas de gênero não forem questionadas, os discursos hegemônicos localizados nas instituições continuarão seu trabalho de produção de seres abjetos* (BENTO, 2008: 78).

A partir de 1997, o Conselho Federal de Medicina autorizou e regulou as cirurgias de redesignação sexual, as quais são realizadas apenas por hospitais universitários públicos. Até 2013, havia uma cisão na comunidade *trans* acerca da despatologização da transexualidade – entre aqueles que acreditam na importância e necessidade do CID-10 para garantia da cirurgia de redesignação pelo Sistema Único de Saúde e outros que se opõem, defendendo sua capacidade de autodeterminação de gênero. Um debate entre legitimação jurídica pra assistência médica e a noção de autonomia. Em 2013, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM 5) retirou a patologia de *disforia de gênero* de seu catálogo.

Em 2001, foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, que fomentou a criação de políticas públicas para promoção de cidadania e direitos humanos, com o apoio do movimento LGBT, superando o monopólio da pauta da prevenção de HIV/AIDS identificado desde 1980. Em 2003, foi criado o Disque 100, serviço de atendimento de situações de violação de direitos humanos e discriminação.

Em 2006, o Ministério da Saúde adicionou na Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde uso do nome social em todos os âmbitos do SUS. Em 2014, foi aprovada a possibilidade de transexuais utilizarem seu nome social como identificação formal no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM. Naquele ano, foram 102 inscritos que requereram tal identificação, já em 2015, foram 278 – um aumento de 172% em apenas um ano⁹.

Na esfera judicial, percebemos o ativismo de vanguarda do

⁹ Conforme < <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/uso-do-nome-social-no-enem-por-transexuais-cresce-172> > acesso em 10/11/2015, as 15h37min.

Tribunal de Justiça de São Paulo, que tem avançado na legitimação da transexualidade. No ano de 2015, garantiu a uma adolescente transexual que cumpre medida socioeducativa na Fundação Casa o direito de ser transferida para uma unidade feminina da instituição. Ainda, a 9ª Câmara Criminal determinou que medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha sejam aplicadas em favor de uma transexual ameaçada pelo ex-companheiro¹⁰.

O Superior Tribunal de Justiça julgou três casos acerca do tema¹¹, nos quais autorizou a alteração do sexo e do pronome na Certidão de Nascimento. Há ainda uma Ação Direta de Inconstitucionalidade tramitando no Supremo Tribunal Federal questionando o Art. 58, da Lei nº 6015, de 1973, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9708, de 1998¹², defendendo a legitimidade do Nome Social.

A discussão acerca do tratamento jurídico da transexualidade é por demais tímida na sociedade brasileira ainda. A visibilidade das representantes deste debate é obscurecida pelas bancadas conservadoras de direita no Congresso. Ocorre que a proteção e a legitimidade das transexuais não se trata de debate entre ideologias de esquerda e direita: é um pleito sobre dignidade e igualdade material de tratamento e reconhecimento. Toneli e Amaral acrescentam:

Além disso, o preconceito e a violência contra a identidade de gênero dessa população têm ao longo dos anos legitimado práticas transfóbicas de violência e de

¹⁰ Processo n. 2097361-61.2015.8.26.0000 Relator(a): Ely Amioka; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 08/10/2015; Data de registro: 16/10/2015.

¹¹ RE 678933/RS, RE 737993/MG e RE 1008398/SP.

¹² Art. 058 - O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

exclusão incidindo particularmente sobre o corpo das travestis e transexuais e sobre as possibilidades de acesso delas ao mercado de trabalho formal e à qualificação escolar e profissional (TONELI, 2013: 34).

Retratado o cenário institucional de recepção aos transexuais no Brasil, é preciso salientar que tais demandas governamentais são associadas a estigmas de marginalização – de prevenção às drogas, DSTs, HIV/AIDS e criminalidade (NARDI, 2013: 38). Não há políticas públicas específicas para a comunidade transexual no que tange ao seu desenvolvimento e acesso ao mercado de trabalho ou à educação.

É preciso também interpretar sistematicamente o fundamento do Estado brasileiro da dignidade com seu primeiro objetivo, o desenvolvimento social. Desenvolvimento este traduzido como liberdade, seguindo Amartya Sen¹³. O Direito insere-se no papel de proteção dessas liberdades.

4 DISCRIMINAÇÃO NO REGISTRO CIVIL E BANHEIROS PÚBLICOS EM REPERCUSSÃO GERAL

A necessidade da realização de cirurgia de redesignação do sexo feminino para o sexo masculino para o deferimento de alteração de nome no Registro Civil de Pessoas Naturais é a pauta do Recurso Extraordinário n. 670.422/RS. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento a apelação da parte autora, optando pelo entendimento de que os princípios da publicidade e

¹³ Amartya Sen apresenta a possibilidade de análise da liberdade sob a perspectiva instrumental, dividindo-a em política, econômica, oportunidades sociais, garantias de transparência e em segurança protetora. Nesse escopo, o papel das políticas públicas seria o de aumentar tais liberdades, que, à medida em que inter-relacionadas, funcionam como promoção de liberdades substantivas em geral. (SEN, 2010: 25).

da veracidade deveriam *corresponder à realidade fenomênica do mundo, sobretudo para resguardo de direitos e interesses de terceiros*¹⁴. Ou seja, o Tribunal entendeu como *realidade* o órgão sexual da parte apelante e ainda defendeu a inclusão do termo transexual no documento de registro.

Em 2014, o STF, por maioria – vencido o ministro Teori Zavascki, reconheceu a existência de repercussão geral. Nas razões da decisão, o Ministro Dias Toffoli defendeu a repercussão da decisão para todos os transexuais que desejam *adequar sua identidade de sexo à sua identidade de gênero*¹⁵, ventilando os princípios da personalidade, dignidade da pessoa humana, intimidade e saúde e publicidade e veracidade dos registros públicos.

Já em 2015, um novo caso chegou à apreciação da Corte Suprema. O caso se refere a suposto ato discriminatório ocorrido em *shopping center* (recorrido) em que uma transexual feminina adentrou no banheiro feminino e teve sua presença barrada por funcionários do local, que alegaram que a sua presença seria constrangedora para as outras mulheres presentes. Impedida de usar o banheiro e estando por demais nervosa, acabou por aliviar-se em suas vestes diante das pessoas que transitavam por ali.

A autora pleiteou dano moral, o qual em primeira instância foi acolhido e conferida indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento à apelação da ré, eis que identificou um mero dissabor da autora na situação narrada. Importante notar que o acórdão reconhece a autora como transexual feminina, porém se refere no relatório e razões à autora como sujeito masculino, utilizando seu

¹⁴ Conforme ementa do acórdão da AC 70041776642, do TJRS.

¹⁵ RE 670422 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 11/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014.

nome de registro civil e artigos masculinos.

O Tribunal ainda negou o seguimento do Recurso Extraordinário, sob o entendimento de que discutiria questões fático-probatórias, porém este teve seu cabimento e repercussão geral¹⁶ reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal por maioria – vencidos os ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki.

O Recurso Extraordinário tem como fundamentos legais o art. 102, III, a da Constituição e alega a violação aos artigos 1º, III, 5º, V, X, XXXII, LIV e 93, da Constituição. Ou seja, fundamenta-se na violação da dignidade da pessoa humana, do direito a indenização por dano moral, defesa do consumidor, e no devido processo legal.

A decisão que reconheceu a repercussão geral do recurso de pronto afastou a aplicação da Súmula 279 para o caso, tendo em vista que o fato do impedimento de entrada no banheiro feminino por funcionário da ré é incontroverso, ou seja, a autora não deseja discutir matéria com necessidade fático-probatória, apenas discutir seu mérito, qual seja, o vexatório e discriminatório.

O julgamento deste caso iniciou no dia 19/11/2015, com as sustentações orais da procuradora da agravante, dos representantes da *Amici Curiae*, da vice-procuradora geral da República, do voto do relator Min. Barroso, prosseguido pelo voto do Min. Fachin e debates no plenário. O voto do Relator foi pelo provimento do Recurso Extraordinário, resgatando os termos da sentença de primeiro grau. Suas razões serão analisadas nos itens ulteriores. O Ministro Luiz Edson Fachin foi acompanhando o relator pelo provimento do recurso extraordinário, bem como majorando a inde-

¹⁶ RE 845779 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 13/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015

nização de R\$ 15.000,00 para R\$ 50.000,00. Ao final, o Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos.

5 DESAFIOS E PROVOCAÇÕES AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A sociedade brasileira ainda não debateu com fôlego o tema da identidade de gênero. Essa ausência de debate, de representatividade da realidade transexual, é causa e consequência de sua invisibilidade, na medida em que o direito se apresenta como estrutura e instrumento de planejamento social (LUHMANN, 1985).

Daí a essencialidade da apreciação do tema pela Corte Suprema do país: repercutir a necessidade do tratamento digno e não discriminatório ao cidadão brasileiro que, dentre tantos outros marcadores, identifica-se como transexual; ecoando e condenando essa realidade de marginalização que viabiliza a violação dos direitos fundamentais dessa minoria.

No momento dos julgamentos, o Plenário do STF encontrará inúmeros desafios: alguns gerais, no plano do discurso, e outros específicos, naturais da apreciação de casos difíceis.

No plano discursivo, nossa preocupação está no tratamento digno as transexuais durante os julgamentos, nas sustentações orais e votos. É preciso atentar para pronomes de tratamento, utilização correta e precisa de conceitos como gênero, identidade e sexo. É preciso reconhecer e respeitar os sujeitos aos quais as decisões terão eficácia.

Utilizar artigos masculinos para se referir à recorrente é negá-la em seu discurso; é negá-la materialmente, ainda que se de-

fenda posteriormente a defesa de seu direito. A igualdade precisa ultrapassar a dimensão formal e se materializar na atitude de cada ministro do pleno.

Os debates travados na sessão de julgamento do dia 19/11/2015 materializaram a importância dos questionamentos e críticas traçados neste trabalho.

O Superior Tribunal Federal deverá responder perguntas como: i) quem são os indivíduos transexuais, titulares dos direitos pleiteados em Repercussão Geral? Todos os indivíduos que se apresentarem como transexuais serão contemplados? ii) pode o Estado tratar um cidadão de forma diferente da qual ele se identifica?

Se os ministros entenderem por superar a exigência de cirurgia para retificação de pronome na certidão de nascimento, como entenderão a performance social do gênero feminino e do gênero masculino? Eis um problema gerado pelo estruturalismo de gênero e a pela exclusão resultante da normatividade. É possível permitir a alteração do nome com a inclusão do termo transexual na certidão, conforme entendimento do TJRS?

Seria possível exigir critérios de aferição de transexualidade para entrada no banheiro feminino como mudança de nome e cirurgia? Seria possível criar um terceiro banheiro exclusivo para transexuais?

A Corte Suprema possui vários exemplos alienígenas para se inspirar. Em abril de 2015, Malta foi o primeiro país europeu que aprovou a inclusão da identidade de gênero como garantia protegida pela Constituição. O Parlamento ainda introduziu a igualdade de direitos entre uniões civis de casais homossexuais e casais casados civilmente. Transgêneros que contestaram seu gênero registrado legalmente podem casar depois dessas alterações constitu-

cionais. A Suprema Corte italiana, em julho de 2015, decidiu que a cirurgia de redesignação sexual não é necessária para alteração do nome e gênero no registro civil. É possível se amparar ainda nos preceitos positivados nas legislações de identidade de gênero de Portugal, Inglaterra, Malta e Argentina.

A realidade brasileira de violência e preconceito enseja a aplicação de medidas protetivas à minoria transexual, que se coloca em risco ao adentrar num banheiro designado para gênero oposto ao seu, bem como ao se apresentar com nome diverso do gênero com o qual se identifica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção discursiva em torno do corpo pressupõe uma subordinação política e filosófica acerca de estruturas. As associações culturais de mente-corpo elaboram um paradoxo, ora pois quem seria o ídolo de tal relação. Nesse sentido, tanto para instauração quanto para a perpetuação, um algo simbólico prevê antíteses e oposições para a delimitação já marcada.

A oposição enraíza uma simples perspectiva binária de que não há possibilidades desviantes. Não há corpo desviante, tampouco direito ou lugares desviantes em uma realidade redutora na possibilidade de ascensão a novos signos. Contudo, atender às novas demandas sociais tais como as supracitadas - das quais se exigem maior atenção das questões de políticas públicas -, implica uma ruptura com inúmeras interpretações estabelecidas. O nome civil é o primeiro passo para reconhecimento num ordenamento, um

passo para o transexual não se tornar objeto, mas *titular* de direitos e garantias.

A divisão de espaços públicos e privados por gênero, como banheiros, não é uma norma constitucional, um direito, ou uma garantia de ninguém. Essa prática advém do costume, é um fato social que hoje é incluído em pauta de discussão, eis que está excluindo ativamente um grupo que não é devidamente respeitado socialmente. Essa discussão que não somente estigmatiza um corpo, mas reifica enquanto elemento abjeto, pressupõe um novo discurso, não mais pautado somente na tenuida presente entre privado e público para tal espaço, porém como a emergência de uma nova conceitualidade desviante, tal como nos possibilitou pensar Derrida (1990): uma aporia para o banheiro. Considerá-lo não enquanto espaço consolidado, mas um não-caminho para desorganizar o dado, um desvio no experimentar o desejo, a exigência e as próprias estruturas presentes.

Partindo da percepção da positivação no Direito como decisão (no presente) acerca de como deve ser o futuro, a multiplicidade de possibilidades futuras depende unicamente das estruturas de expectativas atuais (LUHMANN, 1985).

O critério de universalidade, ventilado pelos casos em repercussão geral, é harmônico à diferença, não afasta a polivalência cultural, visa a comunicação em sociedade, permitindo que todos os cidadãos *prossigam por caminhos diferentes* (BAUMAN, 2000: 204).

O paradigma moderno de igualdade acaba por invisibilizar as singularidades de cada ser humano (BITTAR, 2015). O Supremo Tribunal Federal possui duas oportunidades para visualizar e decidir novos horizontes para a realidade transexual e superar as estruturas sociais de patologização e intolerância percebidas no presente.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da Política**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. Diálogo, Consciência Cosmopolita e Direitos Humanos: Os Rumos e Limites das Lutas Identitárias no Mundo Contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 7, nº 22, p. 98-123, Jan./Mar. 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. Recognition and the Right to Difference: Critical Theory, Diversity and the Human Rights Culture. *In*: OLIVEIRA, Nythamar [et. al] (Orgs.). **Justice and Recognition: On Axel Honneth and Critical Theory**. Porto Alegre: PUCRS, 2015.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. Tradução André Rios; Revisão Técnica Márcia Arán. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, 19 [1] : 95-126, 2009.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DERRIDA, J. Force de loi: le 'fondement mystique de l'autorité'. Deconstruction and the Possibility of Justice. **Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6:919-1046, 1990.

FERGUSON, Ann. Can I Choose Who I Am? And How Would That Empower Me? Gender, Race, Identities and the Self. *In*: GARRY, Ann; PEARSALL, Marilyn. **Women, Knowledge and Reality: Explorations in Feminist Philosophy**. 2. ed. New York: Routledge, 1996.

FERNANDES, Idília. O lugar da identidade e das diferenças nas relações sociais. **Revista Virtual Textos & Contextos**. n. 6, ano V, dez. 2006.

FOUCAULT, Michael. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Theresa da Costa Albuquerque e J. A Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

GUARANHA, Camila; LOMANDO, Eduardo. "Senhora, essa Identidade não é sua!": Reflexões sobre a transnomeação. *In*: NARDI, Henrique C.; SILVEIRA, Raquel da Silva; MACHADO, Paula Sandrine (Orgs.). **Diversidade sexual, re-**

lações de gênero e políticas públicas. Porto Alegre : Sulina, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf> >. Acesso em 28/10/2015 as 20h.

NARDI, Henrique Caetano. Relações de gênero e diversidade sexual: compreendendo o contexto sociopolítico contemporâneo. *In:* _____.; SILVEIRA, Raquel da Silva; MACHADO, Paula Sandrine (Orgs.). **Diversidade sexual, relações de gênero e políticas públicas.** Porto Alegre : Sulina, 2013.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional.** _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Tomaz Tadeu da. **Identidade e diferença : a perspectiva dos estudos culturais.** Stuart Hall, Kathryn Woodward. 9. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009,

TONELLI, Maria Juracy Filgueiras; AMARAL, Marília dos Santos. Sobre Travestilidades e Políticas Públicas: Como se Produzem os Sujeitos em Vulnerabilidade. *In:* NARDI, Henrique C [et. al] (Orgs.). **Diversidade sexual, relações de gênero e políticas públicas.** Porto Alegre : Sulina, 2013.

O PROGRAMA NACIONAL DE BANDA LARGA (PNBL) E O ACESSO À INTERNET NO BRASIL - DESAFIOS E PERSPECTIVAS: UM OLHAR SOBRE OS AVANÇOS E RETROCESSOS DO PROGRAMA DE INCLUSÃO DIGITAL NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

*Bruno Mello Correa de Barros*¹

*Gil Monteiro Goulart*²

¹Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação - PPGD da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Área de Concentração: Direitos Emergentes na Sociedade Global. Linha de Pesquisa: Direitos na Sociedade em Rede. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. Membro pesquisador do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, intitulado Centro de Estudos e Pesquisas em Direito & Internet - CEPEDI. De 2014 a 2015 participou como pesquisador do grupo Núcleo de Direito Informacional - NUDI da UFSM, também cadastrado no CNPq. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI e membro associado da Academia Nacional de Estudos Transnacionais - ANET. Parecerista permanente da Revista de Estudos Jurídicos UNESP. Endereço Eletrônico: brunom_barros@hotmail.com.

²Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Área de Concentração: Direitos Emergentes na Sociedade Global. Linha de Pesquisa: Direitos na Sociedade em Rede. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Participa como integrante do Projeto de Pesquisa: Ativismo Digital e as novas mídias: desafios e oportunidades da cidadania global do Núcleo de Direito Informacional (NUDI) da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2014/2015), atualmente membro do Centro de Pesquisas e Estudos de Direito & Internet (CEPEDI) pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Endereço Eletrônico: gilmonteirogoulart@gmail.com

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o desenvolvimento tecnológico propiciou uma profunda transformação na sociedade, de modo que na contemporaneidade o uso das tecnologias para os mais variados fins e utilidades se tornou massivo, ganhando exponencialidade entre os usuários e países. Essa amplitude tecnológica favoreceu o apogeu comunicacional e informacional disseminando conteúdo de informação e promovendo o conhecimento em escala jamais antes vista. Desse modo, contemplar o estabelecimento de recursos e aparelhamento tecnológico para garantir o acesso irrestrito e de qualidade a estes meios passou a ser incumbência de Estados e governos, estipulando diretrizes de efetivação para as agendas de cumprimento do acesso à Internet e inclusão digital.

Nesse ínterim, os atores governamentais brasileiros passaram a articular-se junto às companhias de telefonia e telecomunicações para promover o estabelecimento de políticas públicas de universalização do acesso à Internet e inclusão digital, como, por exemplo, através do Programa Nacional de Banda Larga – PNBL, instituído pelo Governo Federal a partir do Decreto 7.175 de 2010. Com esse propósito ganha força o ideário de campanhas que tem como escopo a égide do Direito ao acesso à Internet como um Direito Fundamental, inerente a todos os cidadãos e sendo dever do Estado à prerrogativa de efetivá-lo.

Desta feita, o ensaio em tela tem como escopo fundamental promover a reflexão crítica sobre os pontos confluentes existentes entre o acesso à Internet e a inclusão digital no Brasil sob a perspectiva das políticas públicas de efetivação, sobretudo, a principal delas, de âmbito nacional, qual seja o Programa Nacional de Banda Larga. Assim, pretende-se visualizar o caráter de efetividade das

diretrizes do programa, em se tratando especialmente do alcance do acesso à Internet e a inclusão digital em território nacional.

Neste passo, o artigo foi idealizado de modo que as pautas temáticas nele inseridas pudessem ser ancoradas a partir de três eixos principais, quais sejam, o primeiro deles tratando a respeito da consolidação da sociedade da informação no Brasil, de modo a contemplar a ótica do acesso à Internet como um direito fundamental e as políticas públicas de inclusão digital. O segundo ponto abarcado trata especificamente do Programa Nacional de Banda Larga como política pública, visando garantir de forma extensiva e universal o acesso à Internet e a inclusão digital e as estratégias para tanto. Por fim, o terceiro e último eixo dedica-se a uma análise dos avanços e retrocessos auferidos pelo Programa Nacional de Banda Larga, expondo as efetividades e os pontos obstaculizadores do processo de universalização das prerrogativas do programa.

Para a implementação do presente ensaio, optou-se pela utilização do método de abordagem dedutivo, compondo-se um raciocínio geral a partir da utilização das tecnologias informacionais e sua exponencialidade social na contemporaneidade, de modo a atingir os cidadãos individualmente em diversos âmbitos de sua vida. No que toca ao método de procedimento, focalizou-se a utilização do método monográfico ou estudo de caso, baseando-se detidamente no Programa Nacional de Banda Larga, e no método estatístico, visualizando, a partir de dados oficiais os avanços, retrocessos e inefetividades do programa, assim, tais métodos foram oportunos viabilizando a composição da pesquisa.

1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NO BRASIL E O ACESSO À INTERNET COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

À medida que a sociedade emerge em uma nova configuração baseada no conhecimento e na dispersão constante da informação torna-se essencial a universalização do acesso aos meios tecnológicos com o fito de promover o alcance igualitário de todos os indivíduos a esse conteúdo. Assim, as redes de telecomunicações, ou seja, os recursos e implementos tecnológicos demonstram-se como suportes essenciais no aparelhamento social, dando possibilidade de acesso às tecnologias informacionais e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico e social dos países e nações.

Com a desenvoltura em se tratando de recursos tecnológicos tornou-se possível a eliminação de distâncias geográficas, vez que a comunicação passou a ser realizada em larga escala, possibilitando também que inúmeros serviços pudessem ser disponibilizados por meio digital e, sobretudo, auxiliando no processo de dispersão do conhecimento e na eliminação do distanciamento entre ricos e pobres. A organização em rede ganha primazia econômica, social, política e cultural, assim, a atual revolução da informação baseia-se nos rápidos avanços tecnológicos do computador, das comunicações e do software que, por sua vez, conduziram a extraordinárias reduções no custo do processamento e da transmissão da informação (JOSEPH NYE JR., 2002).

Dentro dessa perspectiva Veloso (2011, p. 39) ressalta:

A era da tecnologia, em que vivemos, é resultante do conjunto de inovações e descobertas que a ciência já produziu ou vem produzindo. As conseqüências das novas

tecnologias são inúmeras, e seu poder multiplicador tem se voltado a quase todos os campos da esfera humana, seja no lar, na escola, na indústria, no comércio, na fábrica, na igreja, na cultura ou no lazer. Em todas essas áreas, a tecnologia tem traduzido novas linguagens, novas possibilidades, novos conhecimentos, novos pensamentos, novas formas de expressão e, conseqüentemente novos desafios e perspectivas. Se por um lado, a exploração e sua intensificação aumentam com o incremento tecnológico, por outro se pode afirmar que a humanidade passa a ter condições para uma melhor qualidade de vida, resultando, por exemplo, em uma média de vida muito maior quando comparada ao início do século XX.

Nesta direção, uma nova esfera de comunicação passa ser realizada, uma esfera pública de diálogo e fluxos informacionais contínuos, onde os cidadãos e indivíduos a partir do acesso aos meios técnicos e científicos empoderam-se a partir da informação recebida e dos usos que passam a dar para as mesmas. Com efeito, a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões, nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em termos específicos (HABERMAS, 1997, p. 92). No mesmo aspecto, conforme entendimento de Sampaio e Leite (2011, p. 34) “o atual contexto caracteriza-se por traços como a rapidez, mutabilidade, pluralidade e presença maciça da tecnologia nos meios de comunicação, nos negócios e na produção de riqueza e conhecimento”.

Desta feita, verifica-se que a comunicação é um processo fundamental e a base de toda a organização social. É mais do que a mera transmissão de mensagens, é uma interação humana entre indivíduos e grupos por meio do qual se formam identidades e definições (CREMADES, 2009, p. 201), e essa comunicação carrega consigo um aspecto importante, a informação, o núcleo condensado que pode ser transformado em conhecimento e ganha contornos econômicos relevantes hodiernamente. Com esse propósito, a

partir das concepções de que a informação é a peça-chave e força motriz na roupagem social contemporânea que uma efetiva sociedade da informação é edificada.

A sociedade informacional³ caracterizou-se pelas transformações nos âmbitos político, econômico, social e cultural advindos do novo paradigma tecnológico, o qual tem por base as Tecnologias da Informação e da Comunicação – TIC⁴ (BERNARDES, 2013, p. 38), especialmente as perpassadas pela Internet, visto que esse instrumento é um dos mais revolucionários meios tecnológicos, uma vez que permite a comunicação entre usuários de todo o mundo pela interconexão de redes (BERNARDES, 2013, p. 41). Por conseguinte, então, “a sociedade da informação tem na Internet um importante pilar, podendo ser, inclusive, entendida como um dos seus detonadores” (VELOSO, 2011, p. 43). Nessa perspectiva, a Internet não se apresenta como uma simples tecnologia da comunicação, mas como uma ferramenta fundamental direcionada à produção da informação, está o produto-chave da Era da Informação (CASTELLS, 2003 p. 251). Nesse contexto, a Internet emerge da “encruzilhada insólita entre a Ciência, a pesquisa militar e a cultura libertária” (CASTELLS, 2003, p. 34).

Sobre tal arquitetura, Veloso (2011, p. 49), considera:

³ A expressão “sociedade informacional” é utilizada a partir das contribuições de Castells, segundo o qual o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas neste período histórico” (2008, p. 64-65).

⁴ As Tecnologias da Informação e Comunicação podem ser definidas como um conjunto de recursos tecnológicos usados para produzir e disseminar informações, dentre os quais estão o telefone (fixo e móvel), o fax, a televisão, as redes (de cabo ou fibra óptica) e o computador, sendo que a conexão de dois ou mais computadores cria uma rede, e a principal rede existente atualmente é a Internet (SANCHES, 2003).

A tecnologia é um produto histórico, resultante do trabalho acumulado pelo conjunto da sociedade. Constitui-se como indicador da riqueza socialmente produzida, quanto como um meio para sua reprodução. É nesta ampla diversidade de inovações tecnológicas, aplicadas em diversos espaços e contextos sociais, que se encontram as tecnologias da informação e comunicação, cuja conceituação, em geral, oscila em limitá-las às atividades desenvolvidas pelos recursos da informática (priorizando a automatização de tarefas) ou, ainda, entendê-las como a aplicação de seus diferentes ramos na geração, processamento e difusão de informações (ênfatizando a manipulação e organização de dados para posterior utilização).

Compreender esse novo processo, a nova configuração potencializada pelo uso crescente e intensivo das TIC, é compreender as transformações qualitativas e quantitativas nas dinâmicas sociais de sociedades informacionais estruturadas em rede. Nesse sentido, há necessidade de incluir novos direitos no rol de direitos fundamentais, visto que estes vêm passando por profundas transformações e evoluções no decorrer do tempo, de modo que não há uma definição linear destes direitos, dependendo da configuração e o ordenamento jurídico de cada país. George Marmelstein (2011, p. 20) os define da seguinte forma:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas, à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação de poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Assim, não se pode reverberar que as normas jurídicas são estanques e imutáveis, uma vez que os novos direitos transcendem o espaço temporal, necessitando que hajam adequações a serem dadas pelo Direito ao longo dos anos e com o passar da história. Desta feita, que se passa a pensar a respeito de estruturas teóricas e normativas que possam comportar essa dinâmica de mudanças so-

ciais e técnicas. A doutrina jurídica costuma considerar a evolução dos direitos fundamentais a partir de três gerações⁵, tal configuração foi concebida por Karel Vasak e intitulada “teoria das gerações dos direitos” (BONAVIDES, 2007, p. 563).

Entretanto, a doutrina jurídica clássica aponte para as três gerações de direitos a evolução dos direitos fundamentais não passou, de modo que a normatividade jurídica passou a adaptar-se a nova roupagem social e aos vértices de influência sobre a mesma, nesse sentido, que se sustenta as reivindicações acerca dos direitos decorrentes das novas tecnologias, especialmente a luta sobre o direito à Internet como um direito fundamental, acessível e garantido a todos os cidadãos.

Em vista da nova perspectiva desempenhada pelas tecnologias informacionais e a força exponencial que a Internet possui no exercício democrático, na consecução de direitos e também no alcance da cidadania se faz necessário reverberar a contingência de seu acesso como um direito fundamental, utilizando-se a interface de adequação do Estado, ou seja, através do neoconstitucionalismo. Portanto, no limiar de evolução do constitucionalismo contemporâneo tem-se o neoconstitucionalismo, que irá preocupar-se com a eficácia das normas constitucionais.

⁵ A primeira geração corresponde aos direitos ditos de liberdade, compreendendo os direitos civis e políticos, tendo surgido no contexto do Estado absolutista e em meio as revoluções liberais do século XVII e XVIII, onde a burguesia reivindicava liberdades individuais, as quais eram totalmente tolhidas pelos soberanos. Os direitos fundamentais de segunda geração dizem respeito aos direitos de igualdade, que compreendem o rol de direitos ligados ao aspecto econômico, social e cultural, àqueles que prescindem de um papel ativo do Estado para a sua promoção. Por fim, os direitos fundamentais de terceira geração são os caracterizados como direitos difusos e coletivos, tratando especificamente do direito ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio ambiente e à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2011).

Nesse diapasão, Dimoulis e Duarte (2008, p. 435) buscam encontrar um conceito para que o neoconstitucionalismo possa ser definido:

Infelizmente, não existe ainda uma precisão conceitual para a terminologia neoconstitucionalismo. Esse neologismo nasceu da necessidade de exprimir algumas qualificações que não poderiam ser devidamente explicadas pelas conceituações vigentes no constitucionalismo avançado ou paradigma argumentativo.

Na precisão afirmativa de Suzana Pozzolo (1998, p. 234) o neoconstitucionalismo apresenta peculiares características, como adoção de uma noção específica de Constituição juntamente com técnicas interpretativas denominadas ponderação ou balanceamento e também com a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à teoria do Direito. Da mesma forma, de acordo com o ideário de Barroso (2009, p. 40):

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Neste enfoque, há de ser ressaltado que a Carta da República de 1988, a partir do seu Título II, artigo 5º, estabelece o rol de

Direitos Fundamentais inerentes e disponíveis a todos os cidadãos, apresentando ainda os instrumentos cabíveis e legitimados para a promoção e satisfação de tais direitos. Da mesma forma, considerando a capacidade de reformulação e dos novos vieses possibilitados pelas tecnologias e demais condicionantes de mudança que a própria Constituição Federal viabiliza a abertura do catálogo dos direitos fundamentais para a caracterização de novos direitos, como é possível prescrever a partir da seguinte passagem (BRASIL, 1988):

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, cumpre explicitar que a dinâmica de composição de novos direitos fundamentais é uma tendência global, visto que diversos países passaram a realizar o implemento de novos direitos em seus ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, países como a Finlândia e a Estônia, que já de algum tempo declararam a Internet como um direito fundamental de todo o cidadão (TERRA, 2009).

Desta forma, a sociedade informacional emerge de um processo de transformação capitalista e também de base informacional, visto que nesta relação tecnologia-sociedade as TIC tiveram papel de destaque promovendo mudanças em muitas searas, sobretudo acerca da reestruturação do capitalismo global. Nessa perspectiva, ensina Castells (2007, p. 54):

O que é específico ao modo informacional de desenvolvimento a ação do conhecimento sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade. Um círculo virtuoso de interação entre as fontes de conhecimentos tecnológicos e a aplicação da tecnologia para melhorar a geração de conhecimentos e o processamento da informação: é por isso que, voltando, a moda popular, chamo esse novo modo de desenvolvimento de informacional, constituído pelo surgido de um novo paradigma tecnológico baseado na tecnologia da informação.

No Brasil, o Estado passou a atuar na composição do ideário da revolução informacional a partir da Embratel⁶, que exercia o controle sobre a operação das telecomunicações interestaduais e internacionais do país. Da mesma forma, em outubro de 1984 foi instituído pelo Governo Federal a Política Nacional de Informática (PNI) que introduziu no Brasil a reserva de mercado da informática⁷. A partir de tal prospecção o país passou a avançar construindo uma dinâmica de virtualidade, de modo a solidificar a sociedade da informação, muito embora, os planos de acesso à Internet constituam-se restritos apenas uma camada da população.

Nesse ínterim, visando mudar o panorama em tela que o governo federal instituiu a partir de 2010 o Programa Nacional de Banda Larga – PNB�, através do Decreto 7.175, com o fito de promover o acesso à Internet e a inclusão digital no país. Sobre tal pauta que se passa a descrever em tópico a seguir.

⁶ Em 1984, foi ativada pela Embratel, a Rede Nacional de Comunicação de Dados por Comutação de Pacotes (RENPAÇ), oferecendo ligações e admitindo ampla variedade de equipamentos, protocolos e velocidades (EMBRATEL, 2016).

⁷ A Reserva de Mercado da Informática, no Brasil, foi introduzida através da Política Nacional de Informática (PNI), lei 7.232, em 29 de outubro de 1984, aprovada pelo Congresso Nacional. Assim, o intuito era proteger a indústria nacional da concorrência das multinacionais do setor, estimulando uma tecnologia genuinamente nacional. Críticos da medida apontam para o fechamento da economia nacional com a penalização dos consumidores obrigados a adquirir equipamentos obsoletos de qualidade inferior e por preços exorbitantes (BRASIL, 1984).

2 DECRETO 7.175/2010 E O PROGRAMA NACIONAL DE BANDA LARGA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À INTERNET E INCLUSÃO DIGITAL

De acordo com os novos direcionamentos sociais perpetrados pelas dinâmicas propiciadas pelas TIC se prescinde da necessidade de alcançar a todos os cidadãos o acesso de qualidade e igualitário aos meios técnicos e científicos, como o acesso às Tecnologias da Informação e Comunicação. Daí se justifica o papel proativo do Estado no sentido de promover o acesso à Internet e, consequentemente, assegurar a inclusão digital. Nessa perspectiva, o Estado passa a adotar condutas no sentido de alcançar a seus cidadãos os direitos constitucionalmente a todos garantidos, tal configuração se perfaz através de políticas públicas.

Assim, para compreender a emergência desta nova realidade é indispensável que, de antemão, aponte-se alguns pressupostos basilares, como, os preceitos conceituais do que se entende por políticas públicas. É mister referir que com o aprofundamento da democracia os governos tendem a assegurar mais direitos a todos os cidadãos, aumentando sua responsabilidade na consecução de tais prerrogativas, sobretudo em matérias, como segurança, educação, meio ambiente, saúde, de modo a promover o bem estar da sociedade. Para tanto, algumas medidas se fazem necessárias e pertinentes para que esse ideário se perfaça, nesse sentido, se fazem necessários instrumentos efetivos de prestação, quais sejam as políticas públicas, que podem ser definidas como “um conjunto de ações e decisões do governo, voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade” (SEBRAE, 2008).

Nesta trajetória, é possível prescrever que as políticas públicas são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público (SEBRAE, 2008). Aspecto fulcral se considera a necessidade de garantir a uma miríade a satisfação das prestações positivas do Estado, dessa forma, foi instituído pelo Governo Federal no ano de 2010, por meio do Decreto 7.175, o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL⁸, como uma política pública que visa instituir o acesso à Internet e promover a inclusão digital.

É de assaz relevância destacar, as conjecturas e compromissos que formam os principais pontos que perfazem o PNBL (BRASIL, 2010), a se considerar:

Art. 1^a Fica instituído o Programa Nacional de Banda Larga -PNBL com o objetivo de fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação, de modo a:

I - massificar o acesso a serviços de conexão à Internet em banda larga;

II - acelerar o desenvolvimento econômico e social;

III - promover a inclusão digital;

IV - reduzir as desigualdades social e regional;

V - promover a geração de emprego e renda;

VI - ampliar os serviços de Governo Eletrônico e facilitar aos cidadão o uso dos serviços do Estado;

⁸ O Programa Nacional de Banda Larga (PNBL), instituído por meio do [Decreto 7.175/2010](#), é uma política gerida pelo Ministério das Comunicações que tem como objetivo fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação. A proposta do PNBL é massificar a oferta de banda larga no país e promover o crescimento da capacidade da infraestrutura de telecomunicações (SENADO, 2014).

VII - promover a capacitação da população para o uso das tecnologias de informação; e

VIII - aumentar a autonomia tecnológica e a competitividade brasileiras.

Nesse concernente, o Estado brasileiro a partir do PNBL assumiu o compromisso de promover a égide de colaboração entre o ente público e particular (setores público e privado) para os investimentos em infraestrutura de comunicação, prestação de serviço de acesso em regime de competição (SENADO FEDERAL, 2014), cabendo a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL a regulação desse tipo de serviço (BRASIL, 2010). O programa foi considerado pelo Ministério das Comunicações como essencial para o desenvolvimento e competitividade do país, vez que a informação e conhecimento são ativos econômicos e as tecnologias da informação e comunicação instrumentos de poder.

No mesmo enfoque, é relevante destacar que o compromisso firmado inicialmente pelo Estado no que toca ao PNBL e o acesso à Internet era de chegar a meta de 40 milhões de domicílios conectados à rede mundial de computadores até o ano de 2014, tendo ainda como compromissos a desoneração da rede e terminais de acesso, a expansão da rede pública de fibra óptica (administrada pela Telebrás), a desoneração de smartphones, bem como a implementação da banda larga popular e a Internet com velocidade de 1 Mbps ao valor de R\$ 35 mensais (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 2012).

Assim como em outros países do mundo, o Brasil segue a linha de estratégia de fomentar acordos e parcerias público-privadas para que determinados nichos de prerrogativas sejam efetivadas, no que diz respeito aos meios tecnoinformacionais não é diferente, tendo em vista que a preocupação do valor-mercado da informa-

ção é exponencial e também tendo a consciência de que “as redes de comunicação em tempo real estão configurando o modo de organização do planeta” (MATTELART, 1998, p. 7).

Nesse sentido, o programa mostra valor visto que pretende potencializar o uso dos meios informacionais possibilitados pela Internet como mecanismos que fomentem condutas proativas na promoção de direitos e garantias, bem como na superação de desafios e submissões, históricas na sociedade. Dentro dessa égide, Veloso (2011, p. 46) relata:

Percebe-se, portanto, que as inovações tecnológicas caracterizam-se como espaço de disputa social e possuem conexões com as finalidades e projetos dos segmentos hegemônicos que as elaboram e constroem. Neste sentido, a tecnologia expressa o desenvolvimento das forças produtivas, e é marcada pelo caráter contraditório constituinte do padrão específico de relações sociais capitalistas. Se ela vem sendo usada pelo capital para potencializar a produtividade e o lucro, isso não significa que não possam ser engendradas possibilidades históricas de apropriação deste recurso numa perspectiva alternativa, voltada, por exemplo, à defesa dos direitos sociais e ao fortalecimento de projetos sintonizados com a superação dos valores capitalistas.

Assim, no tocante à implementação da estratégia de inclusão digital o governo brasileiro através do Decreto nº 6.948, de 2009⁹, estabeleceu a criação do Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital, cabendo a tal organização definir as diretrizes gerais e os investimentos financeiros concernentes ao Programa de Inclusão Digital e outros pontos confluentes. No mesmo ínterim, visando reduzir custos e facilitar o acesso a tais meios tecnológicos foi

⁹ Decreto nº 6.948, de 2009. Institui o Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital – CGPID, e dá outras providências (BRASIL, 2009).

instituído o Regime Especial de Tributação do Programa Nacional de Banda Larga¹⁰, que tem como pressuposto fulcral estimular os investimentos no setor de telecomunicações no país por meio da desoneração fiscal.

Desta feita, o Brasil a partir do Programa Nacional de Banda Larga, formalizado em 2010 e dos demais pactos a ele inerentes, assumiu uma tarefa árdua, especialmente na tentativa de ligar tecnologicamente o país, garantindo amplo acesso à rede de computadores e também o compromisso de inclusão digital, primordialmente de regiões consideradas afastadas em demasia dos centros de poder e decisão e também áreas rurais. Nesse ponto, cumpre observar o que efetivamente foi implementado pelo Estado e as tentativas frustradas de consecução das diretrizes do programa. É sobre tal tema que se passa a descrever.

3 O PROGRAMA NACIONAL DE BANDA LARGA: UMA ANÁLISE E O PANORAMA DE SEUS AVANÇOS E RETROCESSOS

As possibilidades e impactos que o programa da Banda Larga no Brasil exige-se uma observação quanto à viabilidade desde sua gênese citando o Decreto 7.175/10 relacionando-a com a meta declarada do momento inicial na promoção do programa ao seu

¹⁰ A iniciativa prevê a desoneração de impostos e contribuições federais sobre a construção de redes de telecomunicações de internet banda larga. São desonerados: Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Programa de Integração Social (PIS), Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). O objetivo é promover a modernização e a expansão das redes de telecomunicações e, conseqüentemente, a massificação do acesso à banda larga. Para o cidadão, os benefícios são: a melhoria na qualidade dos serviços, o aumento da velocidade das conexões e a redução nos preços. O programa é de responsabilidade da Secretaria de Telecomunicações.

deslinde no ano de 2014.

O programa que possuía a meta de universalização do acesso à banda larga no país assentava-se em objetivos tais como: maior cobertura, melhor preço e qualidade de serviços. Para isso, a pretensão de alcançar uma cobertura capaz de atingir a extensão máxima no território brasileiro implicava uma inovação na infraestrutura que incluiria áreas rurais e mais distantes como medida também de diminuir distâncias ou fronteiras.

De outro lado, as telecomunicações demandam de investimento para tal estruturação e, no caso da implementação do projeto não seria diferente tendo sido apontando pelo programa a necessidade de incentivos fiscais por parte do Estado para assim proporcionar subsídios significativos, conforme difundido dentre os objetivos do programa pelo Ministério das Comunicações nas exposições do PNBL. Neste fulcro, o PNBL teve como êgide promover a estruturação de uma potencial ferramenta que é a Internet na sociedade hodierna, propiciando a inclusão digital e promovendo o acesso a inúmeros serviços e possibilidade através do espectro virtual, especialmente reforçando ideais democráticos.

Corroborando com tal posicionamento, Moraes (2001, p. 140) aponta:

O potencial da Internet tem se mostrado significativo. No âmbito das lutas sociais, com seu ambiente tendencialmente interativo, cooperativo e descentralizado, pode ser útil para o fortalecimento da sociedade civil, difundindo valores e fomentando o acesso a direitos. Tal recurso pode facilitar a intercomunicação de indivíduos e agrupamentos heterogêneos permitindo, em tese, a defesa de identidades culturais, promoção de valores éticos e a democratização da esfera pública.

Desse modo, o papel da internet na sociedade resta evidente quando o próprio agente Estatal procura promover uma política pública que tenha por foco central a universalização do acesso à rede por intermédio da ampliação da banda larga no país. Nesse contexto Castells (2003) aponta sobre o fortalecimento das relações sociais tanto a distância como as relações locais, diante da mobilização provocada pela conexão em rede. Assim, trata-se de uma abordagem que toma a Internet como possível potencializador de práticas democráticas, propiciando, dentre outras possibilidades a organização de grupos de conversação, plebiscitos indicativos e consultas sobre distintos temas, disseminando informações na sociedade, realçando-a e fortalecendo-a como espaço político (MORAES, 2001, p. 140).

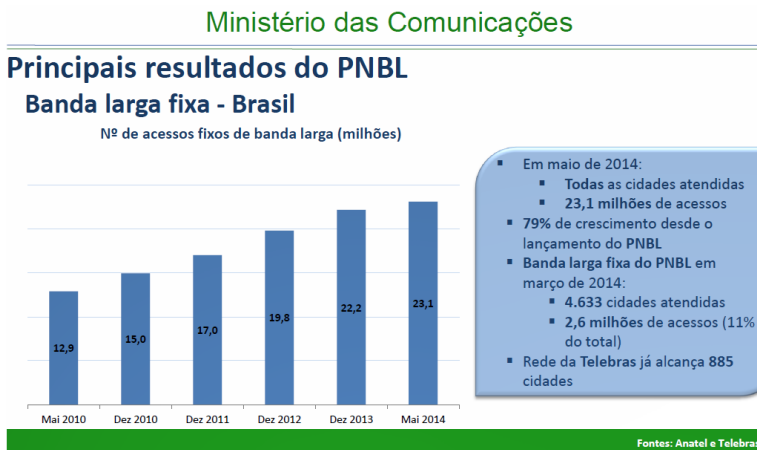
Nesse contexto a efetivação e a busca pelos resultados sugeridos no programa enfrentariam desafios múltiplos, pois além de requerer uma melhor estrutura nas telecomunicações, com foco na ampliação da banda larga de internet no Brasil se fazia necessária uma intervenção no mercado como a redução da tarifa do serviço que se verificação encargo acentuado de impostos. Assim, os esforços citados dariam suporte para a etapa de melhoria no serviço contemplando os objetivos descritos no projeto.

Dito isto, o cenário seria de promoção social em todo territorial nacional com a implementação e efetivação da política pública, que partia com a meta no montante de 40 milhões de domicílios com acesso à banda larga, no valor de R\$ 15,00 no pacote de 1Mbps em todos municípios, e ou 35 milhões de domicílios se o pacote fosse parametrizado no valor de R\$ 35,00 (Ministério de Telecomunicações, 2012). O valor sugerido para o pacote deveria ser instituído nos municípios brasileiros como uma forma de in-

centivar o consumo e aumentar a possibilidade de acesso à internet de banda larga pela população.

Todavia destaca-se que a universalização do acesso à banda larga vai para além de uma política pública de viés social, pois traz reflexos a economia e desenvolvimento do conhecimento para sociedade em face de um maior fluxo informacional. Porém os números que foram percebidos no ano de 2014 foram bem menos otimistas que as metas dispostas pelo PNBL, a implementação do programa não se deu na forma projetada. O alcance foi menor conforme os dados coletados pelo Ministério das Telecomunicações, pelo qual observa-se na figura:

Figura 1 -Gráfico de informações sobre o desempenho do PNBL



Fonte: Elaborado a partir dos dados coletados e observados pelos autores

Assim a questão do acesso à banda larga não foi tratada de maneira eficaz pelo ente estatal, que não alcançou os números contidos na propositura do programa. O problema no processo de avanço de programas como o PNBL é citado por Savazoni (2013, p.76):

(...) O governo insiste em desenvolver uma política de conectividade que desconsidera o fato de que tubo e conexões de internet só fazerem sentido a partir da informação circulante. Ou seja, para prover condições de tráfego aos conteúdos culturais, educacionais e científicos. Num cenário de tantas indefinições, há clareza de que as políticas públicas de cultura para o momento digital devem ser essencialmente transversais e interconectadas, resultado de um esforço permanente de formulação e diálogo construtivo entre diferentes forças sociais (governo, sociedade civil e mercado).

A construção referida pelo autor traz a reflexão de que os diversos atores sociais devem dialogar, e ainda mais diante de tantos fatores que possam dificultar a efetivação de uma política pública com temática tão relevante e pontual para a sociedade. A ineficácia do Estado na prática aberta dessa comunicação entre atores pode-se considerar o ponto crucial para o fracasso do programa, onde esforços isolados não satisfizeram as metas enunciadas.

A esse exemplo o descumprimento do repasse de verbas que orçavam o investimento para o desenvolvimento e a regulação dos preços do serviço no mercado também ensejaram fatores preponderantes para a falta de êxito nos índices de desempenho enfatizam os resultados do ano de 2014.

O valor referido quanto ao pacote de banda larga que figurava como facilitador ficou na utopia dificultando o conhecimento da população sobre o programa. O avanço do PNBL não exaure

apenas o quesito tecnológico com o aumento cobertura da banda larga no território nacional, mas traduziria um momento evolutivo de inclusão cultural e informacional para a sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

Em sede de apontamentos conclusivos o ensaio prestou-se a promover a reflexão acerca do cenário contemporâneo marcado pela revolução informacional provocada pela indução tecnológica e as Tecnologias da Informação e Comunicação como instrumentos de difusão informativa e de conteúdos imperiosos ao desenvolvimento de diversos campos da sociedade, tais como as searas da política, cultura, economia e aspectos sociais.

Nesse propósito, vislumbrou-se a gênese dos mecanismos e a expertise da sociedade tecnológica, do crescimento do acesso à Internet e do direito à comunicação. Desta feita, ampliando-se o leque do arquétipo dos mecanismos de informação no Brasil despontam-se as TIC como poderosos instrumentos de formação da consciência da população acerca de acontecimentos públicos e notórios, de prestação de serviços através dos portais da administração pública e de toda a gama de potencialidades que os meios do ciberespaço podem efetivar.

Assim, no primeiro eixo delineou-se o caminho da sociedade da informação e exponencialmente sobre o acesso à internet como um direito fundamental, potencializado pela abertura propiciada pelo neoconstitucionalismo e as novas formas de incorporação de normas constitucionais. Em um segundo momento tratou-se detidamente do Decreto 7.175/2010 que instituiu o Programa Nacio-

nal de Banda Larga no Brasil como uma verdadeira e efetiva política pública de acesso à internet no Brasil e também instrumento de inclusão digital, promovendo a visualização de sua implementação e estratégias de desenvolvimento.

Por fim, em sede de último ponto tratado no artigo, abarcou-se detidamente a análise dos avanços e retrocessos visualizados a partir do Programa Nacional de Banda Larga, o qual avançou em determinados aspectos, contudo em sua amplitude e gênese não foi tratado de maneira eficaz pelo ente estatal, que não alcançou os números contidos na propositura do programa. A ineficácia do Estado na prática aberta da comunicação entre atores governamentais e entidades específicas incumbidas de viabilizar as estratégias de desenvolvimento da tecnologia pode-se considerar o ponto crucial para o fracasso do programa, onde esforços isolados não satisfizeram as metas enunciadas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. In: Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Nº 9, março-abril-maio de 2007.

BERNARDES, Mariele Berger. **Democracia na sociedade informacional: o desenvolvimento da democracia digital nos municípios brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. Lei nº 7.32, de 29 de outubro de 1984. Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1984/leis_732.html>.

gov.br/ccivil_03/leis/L7232.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Decreto 7.175, de 12 de maio de 2010. Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto nº 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto nº 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DaukVq7AU8M&eBC=ANyPxKqr1JWeB78x7mClfOKlqY-2CMLWs4r6kIHOz2TDj3lV9R4stailP6TybpdgQtt1SBjYliGPHdd1Nm1WloD-MXyqm1sQ>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

BRASIL. Decreto 6.948, de 2009. Institui o Comitê Gestor do Programa de Inclusão Digital – CGPID, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6948.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016.

BRASIL. Ministério das Comunicações. Regime Especial de Tributação do Programa de Banda Larga. Disponível em: <<http://www.comunicacoes.gov.br/programa-nacional-de-banda-larga-pnbl/regime-especial-de-tributacao-repnbl>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade.** Tradução de Maria Luiza X. e A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. **O poder da identidade: a era da informação economia, sociedade e cultura.** V. 2.6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CREMADES, Javier. **Micropoder: a força do cidadão na era digital.** Tradução de Edgard Charles. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional.** São Paulo: Método, 2008.

EMBRATEL. Disponível em: <www.embratel.com.br>. Acesso em: 01 mar. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. I/ Jürgen Habermas.** Tradução de Flávio Beno Soebeneicher. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATTELART, Armanda. **La mundialización de la comunicación.** Tradução fde Orlando Carreno. Barcelona: Paidós, 1998.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Programa Nacional de Banda Larga, 29

mar. 2012. Disponível em: <<http://www.comunicacoes.gov.br/programa-nacional-de-banda-larga-pnbl>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

MORAES, D. (Org.). **O Concreto e o virtual**: mídia, cultura e tecnologia. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

NEY JR, Joseph. **O Paradoxo do poder Americano**: por que a única potência do mundo não pode seguir isolada. São Paulo: Unesp, 2002.

POZZOLO, Suzana. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. Doxa: 21-II, 1998.

SAMPAIO, M. N.; LEITE, L. S. **Alfabetização tecnológica do professor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. **Governo Eletrônico no Estado de São Paulo**. São Paulo: Série didática n. 7, 2003.

SAVAZONI, Rodrigo. **A Onda Rosa-Choque**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2013.

SEBRAE. **Políticas Públicas**: conceitos e prática. Supervisão por Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral; coordenação de Ricardo Währendorff Caldas. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008.

SENADO FEDERAL. O que é o Programa Nacional de Banda Larga. Disponível: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/08/14/o-que-e-o-programa-nacional-de-banda-larga>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

TERRA. **A Finlândia oi o primeiro país a tornar o acesso à internet um direito fundamental**. Terra Tecnologia, 2009. Finlândia torna banda larga “direito fundamental” do cidadão. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/internet/finlandia-torna-banda-larga-direito-fundamental-do-cidadao,-0329887dc5aea310VgnCLD200000bbceeb0aRCRD.html>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

VELOSO, Renato. **Tecnologias da Informação e da Comunicação**: desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

OS NOVOS DESAFIOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA: O VALE ENCANTADO DA GLOBALIZAÇÃO¹

*Rosane Teresinha Carvalho Porto*²

*Rodrigo Cristiano Diehl*³

¹ Artigo baseado no estudo anteriormente publicado pelo autor. Referência da publicação inicial: DIEHL, R. C.; COSTA, M. M. M. Em busca do vale encantado na era da globalização: o papel das políticas públicas na consolidação da cidadania. *Revista Jurídica (FIC)*, v. 2, p. 108-125, 2014.

² Doutora e Mestre em Direito, área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Policial Militar. Professora de Direito da Infância e da Juventude, na UNISC. Estuda temáticas voltadas a Segurança Pública, criança e adolescente, criminologia, gênero e Justiça Restaurativa. Integrante do Grupo Direito, Cidadania e Políticas Públicas coordenado pela Professora Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: rosaneporto@unisc.br

³ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa Prosup/CAPES, na linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social. Especializando em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito - EDP. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa Probic/FAPERGS (2015). Integrante dos grupos de pesquisa: Direito, Cidadania & Políticas Públicas (Campus Santa Cruz do Sul - RS e Campus Soderadinho - RS), coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa e Direitos Humanos, coordenado pelo Pós-Dr. Clovis Gorczewski, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC e certificados pelo CNPq. Estuda temáticas voltadas ao acesso à justiça, controle de constitucionalidade, métodos consensuais de pacificação de conflitos, políticas públicas e sistemas regionais de proteção dos direitos humanos fundamentais. Advogado OAB/RS n°. 102.775. E-mail: rodrigocristianodiehl@live.com

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em um contexto de globalização sinônima de perversidade, resultante de todas as mazelas cultivadas por ações hegemônicas, será que a globalização não está caracterizada como um processo de involução da humanidade, a partir de um caráter de perda de identidade de pessoa à custa de um grupo? Nessa situação, Em Busca do Vale Encantado é um filme infanto-juvenil, em formato de desenho animado, produzido em 1988 que retrata a trajetória de dinossauros que, devido a escassez de vegetação para o consumo e os terremotos constantes, são obrigados a migrar para o oeste em busca de uma nova moradia, uma terra calma, promissora e verde, em uma jornada perigosa, cheia de desafios e cercada por inimigos.

Nesse cenário lúdico, o presente artigo tem por finalidade realizar uma análise entre a busca pelo vale encantado dos dinossauros e a busca que a sociedade contemporânea necessita realizar visando uma globalização voltada ao ser humano, ou como ensina Milton Santos, uma globalização menos excludente, sendo fundada na produção de um novo discurso, de uma nova metanarrativa, isto é, na possibilidade de escrever uma nova história, baseada na esperança de uma cidadania como elemento de uma realidade inclusiva. Um pensamento a partir de uma nova racionalidade, convergente na construção de um universalismo que contemple à todos iguais possibilidades e condições.

Nessa empreitada, o estudo se subdivide em três momentos, onde no primeiro e segundo, realizar-se-á, respectivamente, uma análise acerca dos direitos fundamentais no cenário brasileiro contemporâneo e um estudo sobre a efetivação desses direitos fundamentais e de cidadania um mundo globalizado, onde essa globa-

lização é vista por alguns como algo bom e por outros como algo ruim, mas para todos é um processo irreversível e que ao mesmo tempo é um paradoxo, pois tanto divide quanto une. E que a partir desses conceitos, necessita ser entendida a partir de três pontos: a globalização como fábula; a globalização como perversidade; e por uma outra globalização.

No terceiro capítulo, produzir-se-á uma análise baseada nas políticas públicas como propulsoras de uma cidadania emancipadora e garantidora de direitos fundamentais. Iniciando com a classificação dessas ações governamentais, tanto no sentido conceitual quanto nas diversas frentes que podem atuar. Na sequência, relatar-se-á a importância da participação de toda a comunidade na tomada de decisões, uma vez que, serão essas decisões que servirão de rumo para o desenvolvimento social.

Portanto, este estudo se mostra de extrema importância, ao passo que analisa a busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais, tendo por base a concretização da cidadania em tempos de globalização. E que, a partir do afloramento da igualdade de oportunidades de todos os indivíduos e do papel que cada um exerce dentro de um contexto de comunidade, é que se buscará a plena consolidação dos direitos fundamentais.

Para tal construção, utilizar-se-á o método hipotético dedutivo como metodologia de abordagem, ao passo que consiste na adoção tanto do procedimento racional quanto do procedimento experimental. No que concerne às técnicas, o aprofundamento do estudo será realizado com base em pesquisa bibliográfica, baseada em dados secundários, como por exemplo, livro, artigos científicos, publicações avulsas, revistas e períodos qualificados dentro da temática proposta.

10S DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CENÁRIO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A proteção dos direitos fundamentais implica, antes de qualquer coisa, na tutela de prevenção contra a ocorrência do próprio ato ilícito com possibilidade de produzir danos, isto é na tutela inibitória, ou ainda, em alguns casos, na tutela de remoção do ilícito, antes que este produza a lesão. Deste modo, os direitos fundamentais podem ser vistos a partir de duas perspectivas - a positivista e a não positivista. A primeira acredita na concepção material, onde somente são direitos fundamentais ou básicos, de todos indivíduos, aqueles que estão reconhecidos e tutelados por um ordenamento jurídico, de acordo com o sistema instrumental. Porém, conforme a corrente não positivista, a mera positivação não tem importância, uma vez que encontram os seus fundamentos nas aspirações morais ou nas necessidades humanas, isto é, os direitos fundamentais são inerentes a condição humana e, portanto, indispensáveis a qualquer indivíduo. Essa visão tem suas bases no jusnaturalismo e na teologia (SAMPAIO, 2004)

Ainda, de acordo com Sampaio (2004) estão englobados os direitos de todos os seres humanos, independentemente de sua origem, etnia, raça, cor, sexo, religião e cultura, isto é, são fundamentais pelo fato de serem vitais para a existência da pessoa com dignidade, assim como os de liberdade, igualdade, vida, saúde e educação, e ainda, as garantias processuais, que incluem o efetivo acesso à justiça - não somente estatal, como um meio de pacificar os conflitos que surgem. Desta forma, no pensamento jusnaturalista, os direitos fundamentais são frequentemente qualificados de originários, pré-estatais, universais, inatos e inalienáveis.

Em contrapartida, e criticando a tentativa de se adotar uma teoria dos direitos fundamentais, Canotilho afirma que unicamente auxiliam na busca de uma compreensão material, constitucionalmente apropriada, dos direitos e garantias fundamentais e assim, afirma ser necessária uma “[...] doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico” (CANOTILHO, 2003, p. 1403)

No mesmo sentido, afasta-se a ideia de que os direitos fundamentais são anteriores ao Estado e inerentes ao ser humano, uma vez que carecem do ente estatal para ocorrer a sua positivação, desta forma, somente existindo onde há Constituição ou Carta Política. Desta maneira, afirma que existe outras coisas fora do mundo jurídico positivado, como os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana e que, também existirão coisas parecidas, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios, entretanto, os direitos fundamentais “são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas” (VILLALON, 1989, p. 41).

Dentro do direito positivo brasileiro, o constituinte originário deixou transparecer de forma clara e indubitosa a intenção de outorgar aos direitos fundamentais a qualidade de normas que embasem toda a ordem constitucional e infraconstitucional. Sendo então classificados como “núcleo essencial da nossa Constituição formal e material” (SARLET, 2011, p. 75).

Neste mesmo sentido, se mostra apropriada a conceituação que tem como ponto de partida a consagração dos direitos funda-

mentais pelo ordenamento constitucional nacional, uma vez que, podem ser compreendidos como direitos e liberdades tutelados por meios de “instrumentos processuais estabelecidos pela Constituição, a exemplo das ações constitucionais típicas, e pela instituição de cláusulas pétreas, tornando certas disposições imutáveis pelo legislador” (PAROSKI, 2008, p. 102).

De tal modo, ou esses direitos são imutáveis ou estabelecem um procedimento mais complexo, dificultando sua modificação. Nesse sentido, alguns direitos apenas podem ser modificados mediante emenda à Constituição é que, pelo critério exclusivamente material, os direitos fundamentais sofrem variações conforme a ideologia, a modalidade do Estado e a espécie de valores e princípios que a Constituição abriga. Assim compreendida a questão da caracterização dos direitos fundamentais, pode-se concluir que cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos (PAROSKI, 2008)

Portanto, os direitos fundamentais - incluindo as garantias fundamentais, recebem dupla caracterização onde, de um lado, consistem em núcleos centrais de liberdades assegurados pela Constituição da República “recebendo uma proteção mais forte que a concedida a outros direitos não fundamentais, reconhecidos em normas não constitucionais” (PAROSKI, 2008, p. 102). E por outro lado, esses mesmos direitos e garantias representam valores que são utilizados de inspiração na organização da comunidade política, o que justifica a própria existência da Constituição.

Conseqüentemente, os direitos fundamentais, compreendidos como direitos positivados pelo ordenamento constitucional, tem por finalidade primária o resguarda da dignidade da pessoa humana contra o abuso do Estado - eficácia vertical, e dos parti-

culares - eficácia horizontal. O que, conforme Paroski (2008, p. 104) envolve a defesa e proteção contra a “miséria, a exploração, a violência e todo e qualquer tipo de ato que se destine ao ferimento daquele núcleo de direitos reconhecidos como essenciais à pessoa humana” seja por constituições democráticas ou por declarações internacionais de direitos, ratificadas pelo Estado.

Portanto, a própria eficácia dos direitos e garantias fundamentais, nas relações entre os particulares, de acordo com Sarlet (2011, p. 134),

[...] ainda que em condição de tendencial igualdade (e, portanto, de igual liberdade) – tem encontrado importe fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando-se, neste contexto, que – pelo menos no que diz com seu conteúdo em dignidade – os direitos fundamentais vinculam também diretamente os particulares nas relações entre si, sendo – na esfera deste conteúdo, irrenunciáveis, já que, à evidência, e, em termos de uma eficácia vinculante da dignidade, não importa quem é a bota que desferiu o chute no rosto do ofendido.

Assim sendo, os direitos fundamentais, por excelência, são os direitos que, mesmo derivando de aspirações humanas ou contemplados a partir de uma necessidade do indivíduo, estão positivados na ordem jurídica. Em outros termos, “sua fonte de inspiração até pode ser os direitos humanos, mas adquirem força e podem ser exigidos se estiverem consagrados em um ordenamento jurídico” (PAROSKI, 2008, p. 107). Afirmando esta ideia, Gorczewski (2009, p. 77) disciplina que “todos começaram com uma aclamação por justiça, tornaram-se bandeiras de reivindicações políticas, para então, terminarem positivados”. Argumenta-se que o fato desses direitos não estarem no momento da positivação, não sig-

nifica não serem direitos, estão somente cumprindo o seu curso histórico-natural.

A partir disto, pode-se observar uma mudança na postura e visão do Estado, quando passa da figura representante do poder, para o ser capaz de garantir o equilíbrio econômico-social. Contudo, um dos principais desafios dos direitos fundamentais no atual século é a sua consolidação em um contexto marcado pela globalização perversa, deste modo, os direitos fundamentais encamparam em seu raio de aplicação a imperatividade de prestações estatais positivas, “além de garantias institucionais, a fixação de um universo de valores a ser tutelado e o sentido objetivo das disposições constitucionais” (PAROSKI, 2008, p. 129). Estes novos ensaios jurídicos dos direitos fundamentais possibilitam uma intensa regulamentação das relações entre os próprios sujeitos e entre eles e o Estado, em aspectos que podem ser considerados como fundamentais para a existência da humanidade.

Assim, o rol de problemas oriundos da sociedade pós-industrial e globalizada é infindável, que se apresentam inclusive como ameaças cada vez mais graves na busca pela efetivação dos direitos individuais, sociais e transnacionais. Logo, esses direitos fundamentais, acolhidos pelo texto constitucional, funcionam inclusive como diretrizes que limitam a ação do legislador, dos governos e também dos particulares, cujos atos deverão estar em harmonia com eles, isto é, não haverá a possibilidade de uma prática que os desprezam, a pretexto de “salvaguardar outros bens ou interesses que sob certas circunstâncias parecem, em dado momento, mais importante que o respeito aos princípios e garantias constitucionais” (PAROSKI, 2008 p. 136).

2 A CIDADANIA EM UM MUNDO GLOBALIZADO: ASPECTOS RELEVANTES

A palavra cidadania automaticamente remete a ideia de cidade, de núcleo urbano e de comunidade politicamente organizada, assim, há uma tendência a simplificar o termo, deixando de reconhecer o processo histórico envolvido, onde se fala em direitos do cidadão e muitas vezes se desconsidera o contexto social ao qual este indivíduo está inserido, uma vez que a qualidade de cidadão adquire características próprias que se distinguem de acordo com o tempo, lugar e condições socioeconômicas, sendo classificada a cidadania e o pertencimento a uma comunidade como um processo histórico de constante evolução.

Nesse sentido, as conceituações de cidadania que normalmente são apresentadas, são definições tautológicas na medida em que não definem o objeto e induzem ao erro de se pensar em uma cidadania estática e um simples discorrer sobre direitos. Dizer que o cidadão é aquele possuidor de direitos, ainda que não esteja errado, é se olvidar do que está, ou o que deveria estar, intrínseco ao termo – a noção de deveres, mas principalmente a de participação nos rumos presentes e futuros da comunidade (GORCZVESKI; MARTIN, 2011).

Neste quadro, nas palavras de Perez Luño (in Campuzado, 2007, p. 266) a cidadania consiste em “*el vínculo de pertenencia a un Estado de derecho por parte de quienes son sus nacionales, situación que se desglosa en un conjunto de derechos y deberes; ciudadano será la persona física titular de esta situación jurídica*”.

Ponto de vista este baseado no que trouxe sobre o conceito de cidadania uma condição da pessoa que pertence a uma sociedade,

e está sociedade classificada como livre, onde existe uma ordem política democrática que possibilita o exercício das liberdades fundamentais, sendo uma condição voluntária e que se desdobra em um conjunto de direitos e deveres para as pessoas que pertencem a um determinado Estado. Assim, o cidadão se funda na liberdade de cada membro da sociedade enquanto homem, na igualdade frente a qualquer súdito e na independência de cada membro enquanto cidadão (GORCZVESKI; MARTIN, 2011).

Levando em consideração os conceitos de cidadania baseando-se no tempo e no contexto cultural que estão inseridos, percebem-se as diversas formas que assumiu a cidadania na existência das sociedades organizadas, a exemplo do sistema feudal, onde – fundado no modelo hierárquico, a base da pirâmide serve a quem está acima, em troca de proteção; o monárquico, modelo em que os súditos devem lealdade e obediência ao soberano; o tirânico, compreendido como qualquer regime totalitário, e o único direito a participação possível está no apoio ao tirano; o nacional, classificado quando o indivíduo cultiva seus valores identificando-se com a nação; e o moderno cidadão, onde a identidade cívica se consagra nos direitos outorgados pelo Estado aos cidadãos individuais e nas obrigações que estes devem cumprir perante àquele (GORCZVESKI; MARTIN, 2011).

Percebe-se assim, o caráter pluriforme – dimensões espaciais-funcionais-situações empíricas - do termo e a dificuldade que existe, por isso mesmo, para se tratar de cidadania. Em conjuntura a falta de claridade que se dá pela cidadania não ser uma categoria natural, mas sim uma construção através de processos históricos e por isso importa observar as diferentes concepções políticas como influência dessa construção (GORCZVESKI; MARTIN, 2011).

Diante desse plexo, a questão da cidadania, floresce com o conceito de cidadão como o oposto ao de súdito, porém não configurando com a aspiração de incluir todos nesse termo. Contudo, como construção histórica, vai se modificando com a própria extensão dos direitos e não sendo o conceito rígido ou estático, assume diferentes formas nos diferentes tempos e contextos sociais, com diversas interpretações para justificar distintas situações ideológicas (GORCZVESKI; MARTIN, 2011).

O processo histórico de cidadania se inicia no ocidente a partir do século XVIII, segundo Clovis e Nuria (2011) com a conquista dos direitos civis expresso na igualdade perante a lei e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e logra sua consolidação no século XIX com a conquista dos direitos econômicos e sociais. Entretanto, é um processo sem fim, onde todos os direitos não nascem de uma só vez e, em uma sociedade aberta, livre e democrática, a cidadania é o que pode levar o indivíduo a atuar na defesa e ampliação de seus direitos.

Neste contexto de afirmação da cidadania surge a globalização como ferramenta (in)eficaz na difusão e concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido, Bauman (1999) refere que a globalização é vista por alguns como algo bom e por outros como algo ruim, mas para todos é um processo irreversível. Causa de felicidade e infelicidade alheia. Além de ser algo que afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira, pode ser entendido como um processo paradoxal, uma vez que a globalização tanto divide como une, porém divide enquanto une.

Bauman (1999) em sua obra, objetiva oferecer luzes sobre os fenômenos da globalização que não estão sendo visualizados, como por exemplo o espaço e o tempo ou a noção de local e glo-

bal. Onde, em um mundo cada vez mais globalizado ser local é sinônimo de privação e degradação social, enquanto a globalização dita as regras do jogo. Em tempos de globalização, por exemplo, quem não tem internet, e não está integrado nas redes sociais, está excluído em relação aos que possuem, sendo as ferramentas caracterizadas como uma febre global.

A globalização trouxe uma espécie de desestruturação das comunidades locais, não existem mais áreas comuns, que priorizem o diálogo, o face a face. As elites escolheram o isolamento e pagam por ele com boa vontade. Quanto aos que não tem escolha e/ou não podem pagar por sua segurança, se revoltam, respondendo com agressividade e violência (BAUMAN, 1999).

Consequentemente, este é o mundo confuso e confusamente, segundo Santos (2002) percebido na torre de babel que vive a atual era globalizada. Sustenta-se que o mundo é construído por imagens e imaginários, alicerçado então, a serviço do império do dinheiro, a denominada monetarização da vida social e pessoal. Assim, há que se considerar os três mundos num mundo só: a globalização como fábula; a globalização como perversidade; e por uma outra globalização.

A globalização como fábula pode ser entendida com a criação de determinado número de fantasias cuja repetição, acaba por se tornar uma base aparentemente sólida de sua interpretação. Um exemplo dessa fabulação da globalização é a aldeia global, onde se faz acreditar que a difusão instantânea de notícias realmente informa as pessoas. A partir desse mito e do encurtamento das distâncias também se funde a noção de tempo e espaço contraídos; é como se o mundo houvesse tornado para todos, ao alcance da mão (SANTOS, 2002).

O segundo mundo, caracterizado pelo realismo, isto é, seria tal como ele é – a globalização como perversidade, onde o desemprego, a pobreza, a fome, a mortalidade infantil, e as consequentes desigualdades é o preço da globalização. Por isso ela pode ser considerada como perversa - uma perversidade sistêmica juntamente com as imposições do capitalismo, nas quais dita o mecanismo de mercado fazendo com que essas mazelas se tornem parte/consequência do processo de globalização (SANTOS, 2002).

Entre os fatores constitutivos da globalização encontram-se a forma como a informação é oferecida à humanidade e a emergência do dinheiro em estado puro como motor da vida econômica e social. São duas violências centrais, alicerces do sistema ideológico que justifica as ações hegemônicas e leva ao império das fabulações, a percepções fragmentadas e ao discurso único do mundo, base dos novos totalitarismos, isto é, dos globalitarismo (SANTOS, 2002).

Uma das fabulações é a tão repetida ideia de aldeia global. O fato de que a comunicação se tornou possível à escala do planeta, deixando saber instantaneamente o que se passa em qualquer lugar, permitiu que fosse cunhada essa expressão. Quando essa comunicação se faz, na realidade, ela se dá com a intermediação de objetos. A informação sobre o que acontece não vem da interação entre as pessoas, mas do que é veiculada pela mídia, uma interpretação interessada, senão interesseira, dos fatos (SANTOS, 2002).

E o terceiro mundo, seria como ele pode ser, a busca por uma outra globalização, com base na construção de um outro mundo globalizado mais humano. Que, a partir desses mesmos alicerces técnicos poderão servir a outros objetivos, se forem postos ao serviço de outros fundamentos sociais e políticos. Deve-se reconhecer um determinado número de fatos novos indicativos da

emergência de uma nova história, já que, a partir da mistura de raças, culturas e povos, da aglomeração das massas, da aglomeração exponencial e de sua diversificação, trata-se da existência de uma sociodiversidade, historicamente muito mais significativa que a própria biodiversidade. Neste sentido, o que se verifica é a possibilidade de produção de um novo discurso, de uma nova metanarrativa, ou seja, é a possibilidade existente de escrever uma nova história (SANTOS, 2002).

Destarte, ao que Santos (2002) se propõe é a construção de uma outra globalização, na qual seja menos excludente, isto é, uma globalização que traga/comporte esperança àqueles em que a cidadania não se evidencia como elemento de uma realidade inclusiva. Um pensando a partir de uma nova racionalidade, convergente na construção de um universalismo que contemple à todos iguais possibilidades e condições.

Acredita-se na importância da comunidade local como espaço apto para efetivar os direitos de cidadania, mesmo em uma era de globalização, ou mesmo, globalitarismo. Contudo, as medidas do espaço físico e do espaço social antes bastante utilizadas, hoje já não se têm mais. Com a diversificação das medidas, um dos problemas encontrados pelos detentores de poder foi o de uniformizar o tratamento a todos. Para facilitar foram criadas medidas padrão, obrigatórias, de distanciamento da comunidade, de superfície e volume, por exemplo, e a proibição de medidas locais (BAUMAN, 1999).

Nesse contexto de unificação, Santos (2002) adverte para o capitalismo concorrencial, que buscou a unificação do planeta, mas obteve uma unificação relativa, aprofundada sob o capitalismo monopolista graças aos progressos técnicos alcançados nos últimos

dois séculos e possibilitando uma transição para a situação atual do liberalismo. Entretanto, agora se pode, de alguma forma, falar numa vontade de unificação absoluta alicerçada na tirania do dinheiro e da informação produzindo em toda parte situações nas quais tudo, isto é, coisas, homens, ideias, comportamentos, relações, lugares, é atingido.

Toda esta preocupação com a uniformidade das comunidades locais criou uma espécie de agorafobia nos cidadãos e de intolerância, ao passo que “a uniformidade alimenta a conformidade e a outra face da conformidade é a intolerância. Numa localidade homogênea é extremamente difícil adquirir as qualidades de caráter e habilidades necessárias para lidar com a diferença humana e situações de incerteza” e na ausência dessas habilidades e qualidades é fácil temer o outro, simplesmente por ser outro (BAUMAN, 1999, p. 55).

O espaço que antes era um obstáculo agora só existe para ser anulado. As pessoas estão sempre em movimento, mesmo quando não se movem fisicamente, pela internet, por exemplo, onde é possível percorrer a rede de computadores mundial e trocar mensagens com pessoas do mundo todo. Ainda, o indivíduo hoje pode ser entendido como viajante – nômades que estão sempre em contato. A exemplo do turista e do vagabundo - os dois são consumidores, e suas relações com o mundo são puramente estéticas, de ter a liberdade de estar onde desejar e de comprar o que quiser (BAUMAN, 1999).

Com tal característica, a globalização mata a noção de solidariedade, devolve o homem à condição primitiva do cada um por si e, como se voltasse a ser animal da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada. Essa globalização tem

de ser encarada a partir de dois processos paralelos: de um lado, dá-se a produção de uma materialidade, de outro, há a produção de novas relações sociais entre países, classes e pessoas. A nova situação, vai se alicerçar em duas colunas centrais: uma tem como base o dinheiro e a outra se funda na informação (SANTOS, 2002).

Desta forma, a partir da defesa de uma nova interpretação do mundo contemporânea, fundado em um olhar multidisciplinar, é que se deve pensar em uma outra globalização. Em que o dinheiro e as informações - de vezes distorcidas e massificadas - são a base da evolução global, ao mesmo tempo que evidencia o inverso, são condições de que muitos não dispõem. Será que o processo de globalização não está por fomentar uma ideologia maciça, que então nos exige como condição o exercício de fabulações? Isto é avanço ou retrocesso a um mundo acessível à todos, de iguais formas e condições? (SANTOS, 2002).

Assim, trazendo à luz os novos protagonistas na esfera pública democrática e uma verdadeira (re)definição da globalização voltada para o a concretização dos direitos fundamentais e da cidadania, é que os atores sociais não devem assistir este processo como meros espectadores, mas sim como participes ativamente implicados. Portanto, as políticas públicas de efetivação dos direitos sociais exercem um papel de extrema importância neste contexto, sendo este, o assunto do próximo capítulo.

3 O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE CIDADANIA

No Brasil, sob a vigência da Constituição da República de 1934 – influenciada pela Constituição de Weimar, tem-se as primeiras referências aos direitos sociais, onde reiterando o princípio da igualdade, dedicou um título para a ordem econômica e social, estabelecida de modo que possibilitasse, a todos, uma existência digna. Essa estrutura dos direitos sociais estarem dispostos dentro do título da ordem econômica e social perdurou nas constituições posteriores, entretanto, com o ingresso da Constituição da República de 1988, os direitos sociais foram erigidos para a categoria de direitos fundamentais com expressa previsão no segundo capítulo – Dos Direitos Sociais.

Portanto, ao classificar os direitos sociais como direitos fundamentais, segundo Silva (2003, p. 178) caracteriza-se por “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”.

Neste sentido, a Constituição da República de 1988 representou o início da reforma Estatal, ao colocar em prática a democratização do acesso a serviços e à participação cidadã. Assim, ocorreu nesse período, um deslocamento para o foco das políticas públicas no Brasil, partindo-se para a produção de ferramentas que se destinassem a examinar as verdadeiras necessidades sociais. E, deste modo, a capacidade delas acabarem afetando as estratégias

dos gestores públicos na tomada de decisões (HOCHMAN; ARRETCHE; MARQUES, 2007).

Em razão dessa nova conjuntura, a compreensão de alguns conceitos que perfazem o universo das políticas públicas revela-se a chave-mestra para a promoção e efetivação de direitos e garantias sociais, especialmente no que se refere à efetivação da cidadania na era da globalização. Ademais, o estudo sobre as políticas públicas deve ser feito de forma integrada com a compreensão do papel do Estado e da própria sociedade nos dias atuais. No cenário moderno, conforme ensina Schmidt (2008, p. 2309), as políticas são o resultado da própria política, e devem ser compreendidas “à luz das instituições e dos processos políticos, os quais estão intimamente ligados às questões mais gerais da sociedade”.

Há determinadas razões que favorecem o interesse pelas políticas públicas e pelo seu devido estudo, uma delas é impulsionada pela crescente intervenção do Estado e a complexidade dos governos atuais. Assim, as políticas públicas servem como fomentadoras de uma sociedade formada por cidadão, que desempenham papéis ativos e que não passam de meros figurantes diante da construção e desenvolvimento da nação. A possibilidade de desenvolver indivíduos preocupados com a melhora na sua qualidade de vida é o passo que precede o fortalecimento de uma rede de cidadãos que responderá com ações voltadas para toda a comunidade.

De maneira objetiva, Schmidt (2008, p. 2311) destaca que o termo “políticas públicas” é utilizado com diferentes significados, ora indicando uma determinada atividade, ora um “propósito político”, e em outras vezes “um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa”. Assim, para entender as políticas públicas, o autor, utilizando-se de conceitos clássicos, ensina que as

políticas públicas são um conjunto de ações adotadas pelo governo, a fim de produzir efeitos específicos, ou de modo mais claro, a soma de atividades do governo que acabam influenciando a vida dos cidadãos.

Neste contexto, a literatura em língua inglesa estabeleceu três diferentes conceitos para indicar distintas dimensões sobre as políticas públicas: *polity*, *politics* e *policy*, que designam respectivamente a dimensão institucional da política, a processual e material.

A primeira – *polity*, pode ser designada como a ordem do sistema político, tracejado pelo sistema político administrativo. A análise das instituições políticas e de todas as questões que cercam a burocracia estatal pode ser compreendida neste termo. Consequentemente, pertencem a esta dimensão os aspectos referentes às estruturas da política institucional, como a exemplo de sistemas de governo, o aparato burocrático e estrutura e funcionamento do executivo, judiciário e legislativo (SCHMIDT, 2008).

A segunda, – *politics*, abarca a dimensão dos processos que integram a dinâmica política e de competição pelo poder. A análise desse processo procura captar o entrosamento dinâmico dos atores políticos, isto é, o embate travado entre a busca pelo poder e os recursos disponíveis pelo Estado, marcado tanto por conflitos quando por cooperação entre forças políticas e sociais, que dependem dos assuntos e dos interesses em jogo. Pertencendo a esta dimensão questões relacionadas aos poderes da República, o processo de decisão nos governos, as relações entre as nações, mercado e sociedade civil, entre outros (SCHMIDT, 2008),

E por último, denominada de *policy*, compreende os conteúdos concretos da política, isto é, as políticas públicas, que se enquadram como o Estado em ação, o resultado da política insti-

tucional e processual. “As políticas se materializam em diretrizes, programas, projetos e atividades que visam resolver problemas e demandas da sociedade. Pertencem à dimensão da *policy* as questões relativas às políticas de um modo geral: condicionantes, evolução, atores, processo decisório”, entre outros (SCHMIDT, 2008, p. 2311).

De tal modo, a *policy*, entendida com o seu conteúdo sólido, pode ser dividida em quatro formas – as políticas distributivas, as políticas redistributivas, as políticas regulatórias e as políticas constituídas, todas visando às áreas sociais, seja ela, a saúde, a educação, a habitação, a seguridade social, ou até mesmo a assistência social.

Assim, as políticas distributivas, consistem na distribuição de recursos da sociedade, através da arrecadação de impostos, para regiões ou segmentos sociais específicos. “Não tem caráter de universalidade, mas em geral não geram a conflitividade comum das políticas redistributivas, pois os segmentos não beneficiados por elas não percebem prejuízos ou custos para si próprio” (SCHMIDT, 2008, p. 2313). Exemplos desta atuação são as políticas de desenvolvimento de uma determinada região, de pavimentação ou iluminação de ruas, e que carecem de um controle social atuante, podendo ser exercido por conselhos e espaços onde ocorra a participação popular.

Ainda, de acordo com Bryner (2010, p. 320) esse tipo de política inclui determinados subsídios capazes de conferir proteção a certos interesses, assegurando determinados benefícios. As “decisões-chaves”, ou seja, os critérios para definir quem deve receber o benefício e quando/quanto devem receber, ficam a cargo dos legisladores, que têm um certo interesse em deixar claro aos

receptores as origens dos benefícios concedidos.

Já as políticas redistributivas podem ser compreendidas como a redistribuição de renda, com o deslocamento de recursos das camadas sociais da sociedade mais abastadas para as camadas hi-possuficientes economicamente. Conhecidas popularmente como políticas “Robin Hood” e pelo seu caráter social universal, como a exemplo da seguridade social e o Programa Bolsa Família (SCHMIDT, 2008).

A terceira forma que as políticas públicas podem assumir é a regulatória, onde regulam e ordenam, mediante ordens, proibições e decretos, o funcionamento de serviços e instalações de equipamentos públicos. Podem tanto distribuir benefícios de forma equitativa entre grupos ou setores sociais, como atender a interesses privados. Em geral, de acordo com Schmidt (2008, p. 2314) “seus efeitos são de longo prazo, sendo por isso difícil conseguir a mobilização e a organização dos cidadãos no processo de formulação e implementação. Às vezes atingem interesses localizados, provocando reações”. São exemplos, políticas de circulação, elaboração da política de uso do solo, entre outros.

Bryner (2010, p. 321) ensina que essa modalidade de política tem por finalidade “alterar diretamente o comportamento individual impondo padrões às atividades reguladas”, em razão dessa característica é possível que gerem mais controvérsias. Nas palavras do autor, “ações reguladoras podem restringir significativamente interesses particulares e impor-lhes custos de aceitação”.

E a quarta e última são as políticas constitutivas ou estruturas, responsáveis pelos procedimentos gerais das políticas, isto é, determinam as regras do jogo, as estruturas e os procedimentos políticos. As políticas estruturadas se referem à dimensão da *polity*,

ou seja, a criação ou modificação das instituições políticas. Definição do sistema de governo a ser adotado, sistema eleitoral, reformas políticas e administrativas, são alguns dos exemplos possíveis (SCHMIDT, 2008).

Neste cenário de análise das políticas públicas, importante ressaltar que a Constituição, além de definir o norte para as ações governamentais, instituiu diretrizes mínimas para as garantias de direitos sociais e por consequência, da cidadania. Diretrizes essas, deliberadas como objetivos fundamentais da República - construir uma sociedade 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. E as políticas públicas, deste modo, tem o objetivo central de intermediar a efetivação desses direitos, para a consolidação da cidadania.

Para o alcance desses objetivos, poderá o Estado, em conjunto com a sociedade, implementar políticas públicas que promovam a igualdade. Igualdade esta que ultrapassa o conteúdo da isonomia, passando à exigência de tratamentos distintos para tornar os indivíduos iguais, ou ao menos, oferecê-los acesso proporcional as oportunidades para que possam, segundo seu mérito, progredir dentro da sociedade – a exemplo, o Programa Universidade para Todos – PROUNI. A igualdade material acompanha a noção de discriminação positiva, ou a prestação positiva de políticas que efetivem essa igualdade. Ela é o critério mais elevado do sistema constitucional, e representa o critério maior contido na Constituição para a interpretação dos direitos sociais (BONAVIDES, 2003).

Essa concretização dos direitos sociais perpassa pela ideia da

política a partir da dimensão da cultura, uma vez que a cultura política pode ser definida como o conjunto de ações e orientações políticas que os indivíduos possuem acerca de determinado sistema político. Deste modo, a tradição política é imprescindível tanto para a permanência quanto para transformação do sistema político, e por consequência, da sociedade. Nenhum ambiente democrático a presença de atitudes e valores de pluralismo, de respeito ao dissenso e a busca do consenso, de tolerância de relação às diferenças, de igualdade econômica social, de respeito às instituições favorece a consecução de processos abertos, transparentes e participativos de políticas. Sua ausência determina grandes dificuldades para a qualidade democrática desse processo (SCHMIDT, 2008).

Desta forma, a democratização do Estado é outro requisito da sua revitalização, uma vez que se trata de avançar no terreno percorrido nas últimas décadas no sentido de incorporar os cidadãos nas decisões dos assuntos públicos, conforme prevê a Constituição de 1988. Além da utilização periódica da consulta aos cidadãos por plebiscitos e referendos, há a necessidade de criar mecanismos apropriados à participação popular direta ou semidireta, na busca pela efetivação da cidadania (SCHMIDT, 2007).

Portanto, a Constituição da República de 1988 trouxe consideráveis avanços sociais a favor dos menos favorecidos, através do incentivo e do estímulo de políticas públicas que visão garantir o mínimo de direitos – aqueles direitos fundamentais para a manutenção de uma vida digna. Logo, um dos grandes desafios do século XXI, consiste em viabilizar os meios para que todos, sem exceção, tenham acesso aos direitos fundamentais por intermédio de políticas públicas concretizadoras da cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões sociais demandam uma profunda reflexão e ação frente as suas diferentes necessidades e evitar o acirramento delas é tarefa e desafio de todos os setores da sociedade envolvidos na construção da democracia como um valor humano de garantia universal de direitos sociais, políticos e jurídicos. Neste cenário, a visão atual de cidadania está atrelada a uma visão excessivamente passiva do que significa ser cidadão em um contexto político globalizado, isto é, cidadania está resumida ao exercício de votar.

Por isso, propusemos uma revisão do conceito e do sentido de direitos fundamentais e de cidadania diante do contexto contemporâneo, onde indivíduos ativos, integrantes de uma sociedade democrática, devem re(assumir) o seu papel de agente promotor da mudança social e que, com o auxílio de políticas públicas se logrará a efetivação dos direitos de cidadania.

Entretanto, resta evidente que fórmulas milagrosas que prometem eliminar os maiores males do Brasil de uma só vez não são a saída para um país com cerca de 50 milhões de pessoas vivendo em situação de pobreza. Porém, seguramente, um caminho promissor seria implementar no país de um sistema eficiente e democrático de proteção social o que, diga-se, é tarefa complexa que não se limita nas responsabilidades fundamentais do Estado, mas exige a ação responsável de toda a sociedade, de todos os indivíduos, empenhados na busca de um novo paradigma, de um mundo melhor para se viver.

Portanto, o que se busca é um vale encantando como o idealizado e realizado pelos dinossauros, com belos rios, uma terra verde e tropical, e banquetear-se nas pastagens suas famílias.

Onde com muito esforço e enfrentamento aos inúmeros desafios que poderão e irão surgir nesta caminhada, mesmo num contexto globalizado, poder-se-á construir um novo paradigma a exemplo do vale encantado.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRYNER, Gary C. Organizações Públicas e Políticas Públicas. In.: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Administração pública: coletânea. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GORCZEWSKI, Clovis. Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

_____; MARTIN; N. B. A necessária revisão do conceito de cidadania: os movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática. - Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. Políticas Públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

PAROSKI, Mauro Vasni. Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição. São Paulo: LTr, 2008.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. La ciudadanía en las sociedades multiculturales. In: CAMPUZANO, Alfonso de Julios. Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización. Madrid: Dykinson, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciên-

cia universal. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMIDT, João Pedro. Gestão de Políticas Públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, J. R. dos; LEAL, R. G. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

_____. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VILLALON, Pedro Cruz. Formación y evolución de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 25. Madri, 1989.

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DOS MIGRANTES NO BRASIL: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

*Daniel Braga Nascimento*¹

*Êmily de Amarante Portella*²

1 INTRODUÇÃO

O discurso político brasileiro vem sendo moldado, nos últimos anos, pela valorização dos ideais de multilateralismo, cooperação e principalmente, de promoção da paz. É nesta conjuntura que a influência do Direito Internacional e das instituições internacionais recebe destaque no exercício das atividades diplomáticas brasileiras, já que acaba por proporcionar ao país, um quadro favorável para uma possível efetivação da inserção internacional política, econômica e social, principalmente, no âmbito regional. Nos últimos anos, a ascensão e a estabilidade econômica do país

¹ É integrante do GAIRE/SAJU/UFRGS (Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados), Mestrando em Direito em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

² É bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Atualmente é aluna do curso de Especialização de Direito Internacional da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); e é mestranda do curso de Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER).

possibilitaram a concepção de um cenário favorável, receptível e promissor. Consequentemente, este cenário incentivou à atração de um maior fluxo de imigrantes às terras brasileiras.

Inserese neste contexto, a proposta de discussão do presente artigo, pois, ao se debater sobre o antagonismo da relação entre a securitização do tema migratório e uma abordagem humanista, está se propondo uma discussão a respeito da posição adotada pelo Brasil, como sendo um país democrático que se orienta sob a égide de um discurso de valorização dos direitos humanos³ e do “pluralismo político”⁴. A partir disso, serão discutidos os projetos de lei referentes à atualização da legislação migratória brasileira, as propostas de emendas constitucionais referentes ao sufrágio, bem como a interpretação e seus respectivos impactos na sociedade civil.

Diante disto, torna-se indispensável discutir sobre a legislação migratória, os projetos de lei que visam a substituição do Estatuto do Estrangeiro, as propostas de emenda constitucional referentes aos direitos políticos, bem como as políticas públicas referentes à regulamentação, inserção e integração dos imigrantes na sociedade brasileira. Na busca de analisar a postura do Brasil, o presente artigo pretende discutir o porquê de o exercício do sufrágio, considerado um direito humano fundamental, encontrar-se limitado aos nacionais, buscando, dessa forma, compreender a necessidade dos direitos políticos como fundamentais ao processo

³ Art. 4º da Constituição Federal inciso II: prevalência dos direitos humanos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29/04/2016

⁴ Art. 1º da Constituição Federal: 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 29/04/2016

de efetiva inserção do imigrante à sociedade brasileira.

2 A INTERLIGAÇÃO ENTRE A GLOBALIZAÇÃO, A CIDADANIA, A DEMOCRACIA E A IMIGRAÇÃO

Recentemente, tem-se observado um aumento nos fluxos transfronteiriços em diversas regiões do mundo. As motivações pelas quais as pessoas decidem migrar variam desde o medo de perseguição, a pobreza, a busca por melhores condições de vida emprego e violações de direitos humanos. Nesta seara torna-se importante analisar os reflexos e o escopo das relações entre a globalização e direitos humanos⁵, o Estado e o indivíduo, a participação e a cidadania, bem como a ampliação e/ou modificação de alguns conceitos dentro da lógica democrática.

Ao se abordar a questão dos movimentos migratórios, observa-se que novas funções são demandadas ao Estado, e principalmente, o reconhecimento do direito de ação do estrangeiro no espaço público de que é parte e que não é o espaço-tempo da cidadania:

⁵ Los derechos humanos deben ser entendidos como los procesos sociales, económicos, políticos y culturales que, por un lado, configuren materialmente- a través de procesos de reconocimiento y de mediação jurídica- ese acto ético y político maduro y radical de creación de un orden nuevo; y por otro lado, la matriz para la constitución de nuevas practicas sociales, de nuevas subjetividades antagonistas, revolucionarias y subversivas de esse orden global opuesto absolutamente al conjunto inmanente de valores - libertad, igualdad, solidaridad- que tantas luchas y sacrificios han necesitado para su generalización. [...] lo que convencionalmente denominamos derechos humanos no son meramente normas jurídicas nacionales o internacionales, ni meras declaraciones idealistas o abstractas, sino procesos de lucha que se dirijan abiertamente contra el orden genocida y antidemocrático del neoliberalismo globalizado. El sujeto antagonista se constituye em esse processo y se reproduce em la riqueza de sus prácticas sucesivas. (FLORES, 2004, p.101)

Num enfoque histórico⁶, a palavra cidadania foi centrada, basicamente, como ideia de participação política do indivíduo como sujeito de direitos e deveres frente sua comunidade, embora sua expressão fosse claramente atribuída à sociedade e ao contexto histórico. Isso ressalta ainda mais o sentido vivenciado nos dias de hoje, de que o homem para viver em sociedade necessita ouvir e ser ouvido, participar ativamente das decisões e utilizar-se dos meios postos a sua disposição para garantir a justiça e a democracia. Dessa maneira, cidadania é o resultado de um longo processo histórico em constante evolução, que no ocidente inicia a partir do século XVIII com a conquista de direitos civis expressos na igualdade ante a lei e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, se afirma no século XIX em virtude do sufrágio universal e se impõe definitivamente no início do século XX com a conquista dos direitos econômicos e sociais. (HAMMES, 2010, p. 310)

Antes de abordar a condição do imigrante no espaço brasileiro, é importante fazer algumas considerações acerca da globalização:

Devemos perceber o fenômeno da globalização como não restrito às estratégias do capitalismo financeiro, mas, desde a perspectiva de que, não é um estado e sim um processo radicalmente incerto e ambivalente que se projeta por sobre os mais variados aspectos da vida e que, ao mesmo tempo em que rompe com os lugares tradicionais da economia, da política, das relações e das práticas sociais, implica uma imbricação entre os diversos lugares em que tais ocorrem, multiplicando de maneira simultânea e superposta fenômenos de homogeneização, localismo, desterritorialização, renacionalização e fragmentação das identidades coletivas, o que as torna multifacetadas, fluidas, ambíguas e em profundo processo de transformação. (GÓMEZ, 2000, p.67)

Dessa forma, é necessário que percebamos o fato evidente de que o processo de desterritorialização faz com que a própria

⁶ A história da cidadania no Brasil está diretamente ligada ao estudo histórico da evolução constitucional do país. A Constituição Imperial, de 1824, e a primeira Constituição Republicana, de 1891, a consagravam a expressão cidadania. Mas, a partir de 1930, ocorre uma nítida distinção nos conceitos de cidadania, nacionalidade e naturalidade. Desde então, nacionalidade refere-se à qualidade de quem é membro do Estado brasileiro, e o termo cidadão tem sido empregado para definir a condição daqueles que, como nacionais, exercem direitos políticos. (HAMMES, 2010, p. 313)

noção de cidadania seja revisitada, culminando no estabelecimento de uma democracia e de uma cidadania multifacetadas e multipolarizadas ⁷:

A assunção e a institucionalização de um princípio de universalidade humana em um documento de caráter supranacional constituem uma evidência empírica razoável de que estamos diante de um processo de filogênese da moralidade- ou seja, de um desenvolvimento moral da espécie humana que, no entanto, não se manifesta necessariamente em cada indivíduo, nem no conjunto deles, e sim nas nossas instituições. Portadoras de princípios e valores, as instituições políticas e os sistemas legais- para os quais tende a convergir para a substância ética das sociedades- grosso modo têm avançado com acréscimos de descentração, ampliando sucessivamente os titulares de cidadania. Exceções, retrocessos pontuais e inúmeras contradições à parte, instituições que ao longo da história foram comparativamente muito mais restritivas- hegemonicamente nacionalistas, etnocêntricas, racistas, patriarcais, misóginas e homofóbicas- avançam hoje em direção à universalização dos direitos, modificando ou minimizando as socioperspectivas restritivas e excludentes que antes carregavam. (VENTURINI, 2010, p.11)

A participação social é uma necessidade fundamental do ser humano e sua ausência cria e recria antagonismos espaciais, degenerando-se em violência tanto na esfera pública quanto privada:

O ideal democrático requer cidadãos conscientes e atentos à coisa pública., informados sobre os acontecimentos e capazes de optar entre as alternativas oferecidas pelas forças sociopolíticas e interessados em formas diretas ou indiretas de participação. As estruturas mais relevantes de participação democráticas estão inseridas nos mecanismos competitivos de forças políticas e geralmente, estão institucionalizadas nas normas que se relacionam com o preenchimento dos cargos

⁷ Embora hoje prevaleça, ainda, uma noção de cidadania identificada com um elenco conhecido de liberdades civis e políticas, assim como de instituições e comportamentos políticos altamente padronizados, que possibilitam a participação formal dos membros de uma comunidade política nacional, especialmente na escolha de autoridades que ocupam os mais elevados cargos e funções de governo, estando também ela, indissociável da ideia moderna de território. (GÓMEZ, 2000, p.134)

públicos eletivos. Contudo, a participação não se resume apenas na escolha dos representantes, mas na participação que deve ser compreendida como democratização da sociedade. (GUERRA, 2012, p. 44)

Sendo a cidadania um indispensável fator para promover a inclusão social e para combater a desigualdade, observa-se que, no tocante à relação desta com a participação popular na formação de um Estado Democrático de Direito, a democracia não pode ser sintetizada a apenas um regime político com partidos e eleições livres, visto que ela é, além disso, uma forma de existência social. Nesse sentido, uma sociedade democrática é aberta e permite sempre a criação de novos direitos. A partir deste contexto, verifica-se que a concepção de uma nova ideia de cidadania pode ser realizada, sem causar prejuízo aos recursos democráticos tradicionais, por meio de novos instrumentos de acesso do povo à condução do poder público⁸:

A cidadania definida pelos princípios da democracia e do pluralismo político constituiu-se na criação de espaços sociais de canalização do conflito e da luta (movimentos sociais) e na fixação de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgão públicos), significando conquista e consolidação social e política. (VIEIRA, 1995, p.62)

⁸ Na seara brasileira, no processo de constituição histórica da cidadania, os direitos políticos precederam os direitos civis, ou seja, antes mesmo que o povo tivesse lutado, e por vontade própria, buscando direitos civis, esses foram “outorgados” [...] Ocorreu a independência em 1822 e as decisões de maior peso da República foram tomadas pelas elites a partir de 1889, cuja proclamação moveu-se por articulações das cúpulas, entre militares e liberais, sem a participação efetiva do povo. [...] A cidadania foi arquitetada de cima para baixo, com o estado paternalista aquinhoando direitos políticos às pessoas sem que houvesse uma real reivindicação e conquista desses mesmos direitos, o que prejudicou a consolidação da consciência cidadã no Brasil, em função da falta de sentimento constitucional. (GUERRA, 2012, p.51)

Em relação ao que se entende por participação política⁹, observa-se que o exercício da representatividade é uma faculdade atribuída a cada indivíduo especificadamente, que só terá eficácia jurídica se posto em prática. No estado democrático de direito, a cidadania efetiva oferece aos cidadãos iguais condições de existência, o gozo atual de direitos e a obrigação do cumprimento de deveres. Neste sentido, lembra Correa (2002, p.221) que a “construção da cidadania deve permitir o acesso igualitário ao espaço público como condição de existência e sobrevivência dos homens enquanto integrantes de uma comunidade política”:

A garantia dos direitos políticos assegura, por extensão, as mediações e os espaços públicos para a exigência dos demais. Educação, saúde e moradia para todos, direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, continuam sendo conquistas sociais que não saem do papel por um acesso de bondade dos detentores do poder, mas pela pressão do povo na rua, nos movimentos, nas organizações sociais, exercendo seus direitos políticos. (BENAVIDES, 2010, p.95)

Seguindo esta lógica, a cidadania acaba por ser necessária para o desenvolvimento linear do direito como fonte de integração social, de justiça e igualdade de todos. Assim, ela produz uma ação inclusiva de um sujeito no conjunto social, constituindo-se na forma mais adequada no enfrentamento das ações de exclusão. Conforme Habermas, os direitos políticos, no caso da participação na esfera pública, denotam os direitos dos cidadãos enquanto indivíduos de um Estado nacional democrático. Já o direito de liberdade se refere à participação não coagida nas argumentações, isto é, a

⁹ O termo “política” vem do grego Polis, que era o nome dado às cidades gregas. Consequentemente, quem vivia nas cidades tinha que encontrar maneiras de discutir questões referentes a Polis, razão pela qual originou-se o significado de discussão política. A palavra participação é de origem grega e foi utilizada por muitos escritores e filósofos da época, que concluíram que tratar de política é cuidar das decisões de interesse da coletividade. (HAMMES, 2010, p. 314)

liberdade comunicativa¹⁰:

A cidadania tem como pressuposto a nacionalidade, na medida em que todo cidadão é também nacional. Todavia, nem todo nacional é cidadão, o que pode acontecer caso um indivíduo não esteja em gozo dos direitos políticos, quer ativos, pautados na prerrogativa de eleger seus representantes para integrar os órgãos do estado, quer passivos, pautados na possibilidade de ser eleito. Em alguns lugares, são considerados cidadãos todos os integrantes do Estado, sem tomar em conta o problema dos direitos políticos. Geralmente, a diferenciação é acolhida pelos ordenamentos jurídicos dos Estados, estabelecendo uma separação entre os direitos destinados a todos os nacionais e os direitos restritos aos cidadãos. (VIEIRA, 1995, p.69)

O Brasil¹¹, as dinâmicas migratórias e o mundo sofreram diversas transformações. Nesse contexto, insere-se a questão da reivindicação da “condição de sujeito” ao imigrante na estrutura moderna. Na obra de SAYAD (1998): “A Imigração ou os paradoxos da alteridade”, é realizada uma análise sobre o processo de imigração, o qual é definido como um como um processo de amplitude total, partindo das condições que levam à emigração até as formas de inserção do imigrante no país de destino. Estudando o tema imigração a partir do estudo de caso Argélia e França, o autor trata de inúmeras variáveis condicionantes que se revelam no processo

¹⁰ (CAGLIARI, 2010, p.229)

¹¹ O pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, promulgado pelo Brasil em 1992, objetivando desenvolver os princípios da Declaração Universal de 1948, afirmou que todo cidadão terá o direito de “participar da condução dos assuntos públicos”, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos”, além do direito de votar e ser votado e de ter acesso em condições de igualdade, às funções públicas de seu país (art 25). A Declaração Universal de 1948 já havia proclamado (art.21) que a soberania popular faz parte daqueles direitos essenciais para a dignidade da pessoa humana e da atividade política. Em 1993, a Declaração de Viena consagrou a democracia como “o regime político mais favorável à promoção e à proteção dos direitos humanos”. Em consequência, podemos afirmar a relação fundamental entre democracia, direitos humanos e participação dos cidadãos na esfera pública. (BENAVIDES, 2010, p.94).

de deslocamento do sujeito emigrante/imigrante. Nesse sentido, o imigrante vem servir como força de trabalho e passa a constituir um “problema” para o país que o utiliza. Sendo a necessidade do mercado de trabalho circunstancial, o “imigrante” é considerado um ser “provisório”, mesmo que esta provisoriedade dure mais por tempo indeterminado. O que diferencia o estrangeiro do imigrante, segundo SAYAD é:

Um estrangeiro, segundo a definição do termo, é estrangeiro, claro, até as fronteiras, mas também depois que passou as fronteiras; continua sendo estrangeiro enquanto permanecer no país, mas apenas até as fronteiras. Depois que passou a fronteira, deixa de ser um estrangeiro comum para se tornar um imigrante. Se “estrangeiro” é a definição jurídica de um estatuto, “imigrante” é antes de tudo uma condição social. (SAYAD, 1998, p 243)

Dessa forma, a diferença estabelecida entre ser estrangeiro e ser imigrante, num dado plano nacional, é condicionada não por um estatuto jurídico, mas sim por uma condição social. O reconhecimento do espaço do imigrante pressupõe o chamado “direito de imigrar”. Seguindo esta lógica, na obra “Direito de imigrar: Direitos Humanos e Espaço Público” de REDIN (2013), observa-se que a constituição de uma identidade política diferente dos modelos tradicionais-codificados, não está atrelada à noção de pertencimento a uma comunidade política anterior, mas sim de ser participante de uma rede de produção que recria o espaço-público para além da fronteira. Ao longo da obra, Redin responde à indagação sobre qual seria o lugar da realidade humana migratória nessa ordem política:

O lugar é o da clandestinidade. Essa condição é direcionada pelas legislações estatais que restringem o ingresso de imigrantes às condições de interesse nacional, bem como pela política estatal de segurança contra o ingresso e a permanência de estrangeiros fora das condições reguladas pelo Estado, as quais, em geral são disciplinadas administrativamente. [...] O Estado reconhece que esse estrangeiro é um sujeito de direitos humanos. No entanto, o impede de participar do espaço-público, como sujeito de seu próprio destino. (REDIN, 2013, p.209)

Observa-se também, a construção de uma “violência silenciosa”, quando da segregação do humano pelo vínculo formal de cidadania, a qual é fruto da modernidade arraigada à ideia da vontade soberana. Paradoxalmente, a modernidade, que estrutura a concepção de “espaço público” na ordem jurídica e no Estado, inclui o estrangeiro pela exclusão.

Em relação à violação dos direitos humanos¹² e as funções do Estado, a autora compreende que, apesar de os imigrantes serem agentes da produção de eventos geradores de um espaço-tempo transnacional projetado no espaço geográfico do Estado, não possuem espaço de reivindicação, para exercer o “seu direito a ter direitos”. Nesse sentido, “são estrangeiros sem voz no cenário internacional, não possuem espaço institucionalizado e, ainda que tivessem, é no Estado que ambientalmente esses sujeitos “não sujeitos” estão”. (REDIN, 2013. p.82).

Dentro da ótica de que os direitos humanos pressupõem es-
colhas públicas, e que estas implicam em um alto grau de partici-

¹² A arquitetura político-normativa dos direitos humanos assegurados nas variadas convenções internacionais, inspiradas na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, segue o modelo das organizações sociopolíticas formatadas em estruturas de estado-nação, que historicamente legitimam um processo de apropriação do humano e da vida. Esses direitos são compreendidos como instrumentos político-filosóficos de libertação da pessoa contra as estruturas sociais de privação-dominação. Outro mito. A formatação dos direitos humanos nos sistemas democráticos modernos pode estratificar preconceitos que conduzam à legitimação da “manutenção” da violência, agora não ostensiva, do Estado sobre a pessoa, pela aniquilação do político. (REDIN, 2013, p.24)

pação do indivíduo na vida pública, pode-se fazer alusão ao pensamento de Hannah Arendt¹³ na obra “A promessa da política”, onde essa participação requer a possibilidade do agir, do começar e do conduzir, visto que supõem capacidade humana de julgamento. Entretanto, a estrutura político-jurídica que restringe a participação do indivíduo na vida pública, por meio também do critério da cidadania, permite que o homem se refugie “num interior onde, na melhor das hipóteses, é possível a reflexão, mas não a ação e a mudança”. (ARENDR, 2009 ,p.160)

Seguindo a lógica da discussão da cidadania aliado aos conceitos de identidade e globalização, Litz Vieira (2009) aborda sobre o tema da globalização econômica e o enfraquecimento dos laços territoriais que ligam o indivíduo e os povos ao Estado, deslocando o *locus* da identidade política, diminuindo a importância das fronteiras internacionais e abalando seriamente as bases da cidadania tradicional¹⁴. A globalização econômica tende, assim, a produzir um declínio na qualidade e significação da cidadania, a não ser que as ideias de filiação política e identidade existencial possam ser efetivamente vinculadas a realidades transnacionais de comunidade e participação em um mundo “pós-estatal”:

¹³ Em sua outra obra “As Origens do Totalitarismo”, Hannah Arendt faz o diagnóstico da violência velada que o Estado-nação, por meio do interesse do Estado, impunha àqueles não sujeitos “refugio da terra”, os sem Estado (ou apátridas) ou as minorias étnicas refugiadas das guerras civis do entre guerras e pós-Segunda Guerra Mundial, os quais não eram bem-vindos e não podiam ser assimilados em parte alguma. (ARENDR, 2005)

¹⁴ Para Litz Vieira, a ideia de cidadania já não pode mais ser unicamente associada ao estado nacional porque: (a) os direitos dos humanos no plano internacional não estão circunscritos a uma proteção restrita ao Estado-nação; b) as migrações em massa e a multiplicação dos refugiados mudam a composição da população, que deixa de ser homogênea; c) a globalização incrementa, intensifica e acelera as conexões globais e regionais, transformando a cidadania democrática de base territorial. Desse modo, sustenta que a cidadania fundada na nacionalidade se tornou um obstáculo à igualdade e à liberdade de todos os indivíduos e propõe que o local de residência, e não mais a nacionalidade, seja o fundamento da cidadania. (VIEIRA, 2009)

Dessa forma, o estado-nação, como forma dominante de identidade coletiva fundada na homogeneidade cultural, vê-se hoje cada vez mais desafiado por uma sociedade crescentemente pluralista ou multicultural, contando com grande diversidade de grupos étnicos, estilos de vida, visões de mundo e religiões, desenvolvida simultaneamente nos planos infraestatal e supraestatal. (VIEIRA, 2009, p.80)

Ao longo do texto, Vieira compreende que na cidadania em que todos são iguais, a igualdade é uma reivindicação normativa, como a liberdade ou independência. Quanto à indagação de saber se a cidadania pode tornar-se fonte de uma identidade, na obra “Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização”, Canclini (1999) diz que a identidade nacional que possui base territorial e é quase sempre monolíngüística foi construída em detrimento de outras identidades e tem caráter contrastivo em relação às demais nacionalidades. Conseqüentemente, esse tipo de identidade moderna “explodiu” e deu lugar a identidades pós-modernas marcadas pela transterritorialidade e multilingüística que se estruturaram menos pela lógica dos Estados do que pela dos mercados.

3 LEGISLAÇÃO MIGRATÓRIA BRASILEIRA E MERCOSULINA

Ao se focar os direitos humanos sob a perspectiva do Direito Constitucional Internacional, PIOVESAN (2013) faz uma avaliação da dinâmica da relação entre o Direito brasileiro, especialmente a Constituição Federal de 1988, e o aparato internacional de proteção dos direitos humanos, investigando como este aparato pode contribuir para a efetivação destes direitos no país, de modo

a redefinir e reconstruir o próprio conceito de cidadania no âmbito nacional:

Ao romper com a sistemática das cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. (PIOVESAN, 2013, p.102) ¹⁵

Seguindo esta lógica da Constituição de 1988, portadora de um gama de direitos fundamentais e a assinatura pelo Brasil de diversos tratados internacionais de direitos humanos, BARALDI (2011), evidencia a incompatibilidade do Estatuto do Estrangeiro, o qual é inspirado na doutrina de segurança nacional, afirmando que esta lei trata o estrangeiro como um elemento perigoso, o que explica a necessidade de informação e justificação de cada movimento às autoridades nacionais. A autora relata também que, apesar de o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) promover diversas atualizações na legislação, as resoluções normativas adotadas por este Conselho não podem mudar o espírito da lei e nem mesmo excluir as disposições flagrantemente em conflito com a

¹⁵ Apesar de apresentar vários avanços significativos no processo de redemocratização, as vedações aos direitos políticos dos estrangeiros são previstas também no corpo constitucional brasileiro. A Constituição da República de 1988 prevê em seu art. 14 que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, mas não podendo alistar-se como eleitores os estrangeiros, pois a nacionalidade brasileira é condição de elegibilidade.

Constituição de 1988 e com os diversos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Diante disso, pode-se observar que o projeto de lei 5655/09 apenas enxerta a expressão direitos humanos em seu artigo 2º, e continua mantendo como objetivos perseguidos a defesa do interesse nacional e a preferência à mão-de-obra especializada no art. 4º.

Entretanto, reflexo do período ditatorial e elaborada no âmbito da segurança estatal em detrimento dos direitos humanos, a legislação migratória do país em vigor continua sendo a Lei Nº 6.815 da década de 1980¹⁶, o denominado Estatuto do Estrangeiro. Apesar de ocorrer, no final dos anos 80 o processo de redemocratização brasileiro com a promulgação de uma Nova Constituição, não foram representadas grandes mudanças no tratamento jurídico dos imigrantes. Apesar de a nova Constituição de 1988 ser portadora de um grande elenco de direito fundamentais ao longo do seu texto, e o Brasil ser signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos, nota-se a incompatibilidade do Estatuto do Estrangeiro com o discurso brasileiro. Nesse sentido, é imprescindível debater sobre o fato de os imigrantes não possuírem direitos políticos (art. 14 §2º e 3º da CF/88; art. 107 da Lei 6815/80) e de seus direitos sindicais serem restritos (art. 106, VII da Lei 6815/80).

Se aqui vivem, por que não possuem o direito de buscar políticas públicas e terem representantes? No entender Axel Honneth “O engajamento nas ações políticas possui para os envolvidos

¹⁶ Durante o período de vigência da Lei 6815/80, o Brasil deixou de ser um país de imigração para se tornar um país de emigrantes. Atualmente, estima-se que existam até três milhões de brasileiros vivendo no exterior. Mais recentemente, na última década, nota-se uma retomada dos fluxos de imigrantes para o Brasil, agora com significativa presença de sul americanos, o que transforma o país em um país de emigrantes e imigrantes, simultaneamente. (BARALDI, 2011, p.3)

também a função direta de arrancá-los da situação paralisante do rebaixamento passivamente tolerado e de lhes proporcionar, por conseguinte, uma autorrelação nova e positiva” (2009, p. 259). A vergonha social de não se sentir parte da sociedade é uma afronta aos Direitos Humanos, uma diminuição do respeito e estima do migrante.

Nesse aspecto, Honneth ainda afirma que o engajamento individual na luta política

Restitui ao indivíduo um pouco de seu autorrespeito perdido, visto que ele demonstra em público exatamente a propriedade cujo desrespeito é experienciado como uma vexação. Naturalmente, aqui se acrescenta ainda, com um efeito reforçativo, a experiência de reconhecimento que a solidariedade no interior do grupo político propicia, fazendo os membros alcançar uma espécie de estima mútua. (2009, p. 260)

Algumas propostas de atualização e aprimoramentos da lei migratória foram elaboradas¹⁷. Dentre elas, está o projeto de lei 5655/09. Apesar de, ao longo de seu texto, fazer menção a expressão “direitos humanos”, observa-se que ainda continua pautado pela lógica de gestão do Estado sobre o imigrante. Um exemplo disto pode ser encontrado no seu artigo 2^o¹⁸, na permanência do

¹⁷ Concomitante ao Projeto de Lei 5655/09, há também, o Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil que foi elaborado por uma Comissão de Especialistas (criada pelo Ministério da Justiça pela Portaria n° 2.162/2013) e o PLS 288 (Senado). Aqui cabe mencionar também as Propostas de Emenda Constitucionais apresentadas visando conceder direitos políticos aos imigrantes: PEC n.29/1991, apresentada pelo PDS/RS; PEC n.72/1991, pelo PSDB/SP; PEC n.104/1995, pelo PL/RJ; PEC n.560/1997, pelo PPB/RS; PEC n.371/2001, pelo PFL/SP; PEC n. 401/2005, pelo PT/SP; PEC n.119/2011, pelo PPS/SP; e PEC n.25/2012, pelo PSDB/SP.

¹⁸ Art. 2º A aplicação desta Lei deverá nortear-se pela política nacional de migração, garantia dos direitos humanos, interesses nacionais, socioeconômicos e culturais, preservação das instituições democráticas e fortalecimento das relações internacionais. Disponível em: <

interesse nacional e a preferência à mão-de-obra especializada no art. 4^o¹⁹:

A construção do texto do Projeto de Lei também ficou surda às demandas da sociedade que há anos denuncia os problemas do Estatuto do Estrangeiro e do tratamento dos imigrantes em geral. Exemplo disso é a continuação da restrição de direitos políticos aos imigrantes em geral. Nesse particular, praticamente todos os vizinhos sul-americanos já avançaram em maior ou menor medida na garantia do direito ao voto para os imigrantes. Na lista dos pontos negativos, deve-se computar ainda o aumento do tempo para o pedido de naturalização. É de quatro anos no Estatuto atual (art.112) e passa para dez no Projeto de Lei (art.87, III). (BARALDI, 2011, p.7)

Nesta perspectiva, FERNANDES (2013) discute também sobre a relação entre o direito ao sufrágio e o grau de integração dos imigrantes na sociedade. Nesse ponto, cabe destacar que o voto, além de ser um direito básico nos Estados democráticos, garante voz e visibilidade para quem vive em comunidade. O autor ressalta que as vedações aos direitos políticos dos estrangeiros previstas também na Constituição não podem ser justificadas diante do atual cenário de globalização econômica e ausência de fronteiras para as informações e ideias políticas:

A restrição ao direito político impede que o estrangeiro participe plenamente da sociedade receptora, reduz sua capacidade de reivindicação social e jurídica, im-

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=674695&filename=PL+5655/2009> Acesso em 29/04/2016

¹⁹ Art. 4^o A política migratória objetivará, primordialmente, a admissão de mão-de-obra especializada adequada aos vários setores da economia nacional, ao desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico do Brasil, à captação de recursos e geração de emprego e renda, observada a proteção ao trabalhador nacional. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=674695&filename=PL+5655/2009> Acesso em 29/04/2016

possibilitando essencialmente o tratamento igualitário em relação aos nacionais. A existência da restrição política, talvez seja uma das mais graves aos direitos dos estrangeiros, pois é aquela que lhes confere perpetuamente a condição de cidadão de segunda categoria, de pessoa que jamais poderá se integrar de forma plena à sociedade que o recebe. Se o imigrante reside na sociedade brasileira, qualquer alteração política, qualquer rumo que a política tome, tanto lhe afeta quanto aos nacionais brasileiros. Se não pode eleger e nem ser eleito, isso implica que o imigrante é uma pessoa sem representação política no Brasil, logo fora do conjunto denominado povo, pois este é o detentor do poder delegado aos representantes da nação e só o tem quem é povo: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1, parágrafo único da Constituição Federal de 1988). (FERNANDES, 2013, p.97)

A partir destas considerações, é importante mencionar também a existência da Proposta de Emenda Constitucional para alterar os arts. 5º, 12º e 14º da Constituição Federal de 1988, com o fim de estender a esses indivíduos direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no país capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais. Trata-se da Proposta de Emenda Constitucional nº 25 de 2012, de autoria do atual senador Aloysio Nunes Ferreira:

A proposta de Emenda Constitucional traria uma inovação de grande importância no tratamento jurídico do estrangeiro no Brasil. A concessão de direitos políticos em nível municipal, por mais que possa ser considerada tímida, pois não seria nenhum exagero se atingisse pelo menos o nível estadual, ou até mesmo o federal, é significativa diante de uma sistemática marcada pela restrição e total limitação a direitos políticos. (FERNANDES, 2013, p.101)

Seguindo esta lógica no âmbito da discussão da política migratória, SICILIANO (2013) compreende que não apenas o direito às atividades político-partidárias deve ser reconhecido, mas também o das filiações em sindicatos e associações políticas:

Embora a Constituição Federal brasileira vede ao estrangeiro a participação política, desde 1991 foram apresentadas 8 Propostas de Emendas Constitucionais tratando do tema da outorga de direitos políticos aos estrangeiros residentes no país, o que demonstra que o tema da participação política do imigrante é objeto frequente de debate e que a situação atual, de negativa de direitos, não é satisfatória. (SICILIANO, 2013, p.46)

Nesse sentido, destaca-se também a continuação da restrição de direitos políticos aos imigrantes em geral²⁰. Seguindo esta lógica, pode-se fazer uma análise comparativa com os países vizinhos do MERCOSUL²¹, principalmente no fato de a maioria já apresentou grandes avanços na garantia do direito ao voto para os imigrantes, com diferenças no que se refere ao tempo de residência e ao nível político-administrativo das eleições em que lhes é permitido participar. Cabe mencionar aqui que a Argentina, Bolívia e Paraguai²² permitem a participação política do imigrante residente. Na Bolívia os estrangeiros podem votar em eleições municipais, aplicando princípios de reciprocidade internacional. Na Venezuela, membro associado MERCOSUL, os estrangeiros podem votar em eleições municipais e estaduais desde que tenham 18 anos e que te-

²⁰ Dentro do contexto latino-americano, é interessante ressaltar a importância da Constituição da República do Equador de 2008 que apresenta uma concepção plurinacional e intercultural: O marco do “Bem Viver”. A constituição reconhece a migração como um Direito, pelo qual se propõe não identificar a nenhum ser humano como ilegal pela sua condição migratória. (ART. 40) e, no contexto das relações internacionais se apela ao princípio da “cidadania universal”. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em 18/05/2016.

²¹ Exemplo de avanços significativos na concessão de direitos é a Lei de Migraciones n° 25.871/2004 da Argentina. Visando essa integração na esfera pública, reconheceu direito à participação política em seu art. 11, o qual dispõe: La República Argentina facilitará, de conformidad con la legislación nacional y provincial en la materia, la consulta o participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residan. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Migraciones_Argentina.pdf> Acesso em 30/04/2016

²² Ver Lei N° 978/96 de Migrações do Paraguai. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Migraciones_Paraguay.pdf> Acesso em 30/04/2016

nham mais de 10 anos de residência no país. O Uruguai²³ permite ao imigrante o exercício do voto pleno, ou seja, em todos os níveis de eleições, desde que, dentre outras exigências, seja residente há pelo menos 15 anos. A possibilidade de serem eleitos, contudo, permanece restrita aos cidadãos nacionais e naturalizados. Nas legislações da Argentina e do Paraguai, os estrangeiros, além de terem direito ao voto, também podem se candidatar a cargos eletivos na esfera municipal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se assim que, em uma conjuntura marcada pela crescente globalização, com incremento do fluxo de pessoas entre as fronteiras dos Estados, uma revisão do quadro constitucional mostra-se necessária a fim de trazer resposta aos desafios impostos pela nova realidade.

Dessa forma, é de extrema importância que se estudem essas questões para uma contribuição no debate de uma integração eficiente do imigrante no Estado acolhedor e a formação de uma cidadania que não esteja somente pautada na nacionalidade do indivíduo. Pois, a plena igualdade com os nacionais, deve ser alcançada também por meio da participação do estrangeiro em assuntos públicos, conferindo-lhe não somente o direito a reivindicar, mas também o de se desenvolver como ser humano no âmbito do espaço público. Contribuindo assim, para que o imigrante possa agir participar e ter uma “voz ativa” na sociedade em que vive.

²³ Ver Lei Nº 18.250 de Migração do Uruguai. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18250&Anchor=>> Acesso em: 30/04/2016

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *As origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

_____. *A promessa da política*. 2.ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

BARALDI, Camila. *Cidadania, Migrações e Integração Regional: Notas sobre o Brasil, o Mercosul e a União Europeia*. 3º Encontro Nacional da ABRI: Governança Global e Novos Atores. n.1. v.1, 2011.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. “Direitos Políticos como Direitos Humanos”. *Revista de Direitos Humanos*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 1ªed. 2010

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

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda da Constituição 347/2013*. Altera a redação do § 2º do art. 14 da Constituição Federal e permite que os estrangeiros residentes em território brasileiro por mais de quatro anos e legalmente regularizados alistem-se como eleitores. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=599448>> Acesso em: 29/04/2016.

BRASIL, Senado Federal. *Proposta de Emenda da Constituição nº 25, de 2012*. Altera os arts. 5º, 12 e 14 da Constituição Federal para estender aos estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no País capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105568>> Acesso em 29/04/2016.

BRASIL, Lei nº 6.815, de 19 de Agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm> Acesso em 29/04/2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.655/2009*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 e a Lei nº 10.683, de 2003. Revoga as Leis nº 6.815, de 1980; 6.964, de 1981; 9.076, de 1995; o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.236, de 1985; e o inciso I do art. 5º da Lei nº 8.422, de 1992. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=674695&filename=PL+5655/2009> Acesso em 29/04/2016.

CAGLIARI, Cláudia Taís Siqueira. A participação ativa da cidadania como condição de legitimação da coesão social. In: Direitos Humanos e participação Política. Porto Alegre: Imprensa livre, 2010.

Caminhos do Refúgio, Direito a voto, nova legislação e melhor atendimento a imigrantes <<http://caminhosdorefugio.com.br/direito-a-voto-nova-legislacao-e-melhor-atendimento-a-imigrantes/>> Acesso em 30/04/2016.

CANCLINI, Nestor G. Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante, Ato Político da Campanha pelo Direito ao Voto dos Imigrantes no Brasil: “Aqui Vivo, Aqui Voto!” Disponível em: <<http://www.cdhic.org.br/?p=2270>> Acesso em: 29/04/2016 .

CORREA, Darcísio. A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002, p. 221)

EQUADOR, Constituição (2008). República do Equador. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em 18/05/2016.

FERNANDES, Guilherme Antônio de Almeida Lopes. Direito à cidadania: um estudo sobre os imigrantes bolivianos em São Paulo e Buenos Aires e as principais leis migratórias do Brasil e da Argentina. 2013. 221 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FLORES, Joaquín Herrera. Los Derechos Humanos em el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales. In: Direitos Humanos e Globalização; Fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GÓMEZ, Jose Maria. Política e Democracia em Tempos de Globalização. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP.2000.

GUERRA, Sidney. Direitos Humanos e Cidadania. São Paulo: Atlas, 2012.

HAMMES, Jaqueline Machado; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. Reflexos da participação política na cidadania. In: Direitos Humanos e participação Política. Porto Alegre: Imprensa livre, 2010

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais / tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Direito Ambiental na sociedade de Risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

PARAGUAI. Lei n° 978 de 8 de Novembro de 1996. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Migraciones_Paraguay.pdf> Acesso em 30/04/2016

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REDIN, Giuliana. Direito de migrar: Direitos Humanos e Espaço Público. Florianópolis: Conceito, 2013.

SAYAD, Abdelmalek. A imigração ou os paradoxos da alteridade. São Paulo: EDUSP, 1998.

SICILIANO, André Luiz. “A Política Migratória Brasileira: Limites e Desafios”. 2013. 59 f. Dissertação de (Mestrado) – Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, São Paulo.

VIEIRA, Litz. Morrer pela pátria? Notas sobre identidade nacional e globalização. In: Identidade e globalização: impasses e perspectivas da identidade e a diversidade cultural. Rio de Janeiro: Record, 2009.

URUGUAI, Lei n° 18.250 de 17 de Janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18250&Anchor=>>> Acesso em : 30/04/2016.

VENTURINI, Gustavo. “O potencial emancipatório e a irreversibilidade dos direitos humanos”. Revista de Direitos Humanos. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 1ªed. 2010.)

VIEIRA, Oscar Vilhena. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de direitos no Brasil. In: GIORGI, Beatriz di et. Al. (Coord). Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 194.

POLITICAS PÚBLICAS DE ACESSO À REDE: A (PROVÁVEL) INSTITUIÇÃO DE FRANQUIA DE DADOS E A CONSEQUENTE FRAGILIZAÇÃO DO ACESSO À INTERNET NO BRASIL

Augusto Lenhardt¹

Eliane Fontana²

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo busca analisar, de forme breve, as implicações da (possível) cobrança de dados e a consequente mitigação do acesso à internet no Brasil. Desde a sua concepção, a internet passou por diversos aprimoramentos até adquirir o formato pelo qual é conhecida hoje. Inicialmente, foi criada para fins militares, com o nome de ARPANet, tendo como função estabelecer uma

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário UNIVATES em Lajeado-RS. Contato: augusto.ltdt@hotmail.com

² Doutoranda do PPG-Doutorado em Direito - UNISC. Mestre em Direito pelo PPG-UNISC. Professora da Faculdade de Direito no Centro Universitário UNIVATES em Lajeado-RS. Membro do Grupo de Pesquisa Comunitarismo e Políticas Públicas, vinculado ao CNPq. Advogada. Contato: eliane.fontana859@gmail.com

comunicação segura e em tempo real entre as bases e centros de pesquisa do governo.

Contemporaneamente, com a popularização da internet, a sociedade contemporânea vivencia uma nova experiência com o fenômeno da globalização da comunicação, do intercâmbio cultural e profissional. A internet passa a ser a base da sociedade contemporânea. A produção de conteúdo que até então era compilada através de livros, jornais, televisão, passa a ter existência no ciberespaço por meio de blogs, vlogs, canais como o YouTube e redes sociais. Rompe-se o paradigma moderno de tempo-espaço, a sociedade industrial sucumbe em face da sociedade da informação ou sociedade em rede, que se apresenta como uma estrutura de organização da sociedade baseada nas TICs (tecnologias de comunicação e informação).

O Governo brasileiro passa a investir em políticas públicas de acesso à internet na busca da inclusão digital das pessoas que ainda vivem à margem das tecnologias da informação e comunicação, visando a inserção destas nesse importante espaço de interação social. O acesso à internet adquire o *status* de direito social, mostrando-se um importante instrumento para ampliar a transparência na conduta dos poderosos, acesso à informação, e facilitar a participação cívica ativa na construção de sociedades democráticas.

Neste contexto, as operadoras de internet, empresas que exploram comercialmente o setor de telecomunicações com o aval do governo, decidiram instituir uma nova e mais prejudicial forma de cobrança pelo serviço de acesso à internet: os pacotes de franquia de dados. Neste modelo, cobrança passará a ser realizada não mais pela velocidade de conexão, mas pela velocidade de conexão condicionada a um limite de dados mensais, o que ensejará

mais custos aos consumidores. Os usuários da internet não demonstraram boa receptividade com a notícia e logo iniciaram as manifestações. Diante disso, a Anatel proibiu temporariamente as operadoras de reduzir a velocidade, suspender o serviço ou cobrar pelo tráfego excedente, sob o argumento de que o assunto deverá ser objeto de deliberação pelo seu Conselho Diretor.

Dessa forma, considerando-se a importância do acesso à internet na sociedade atual, proceder-se-á a análise as implicações acerca da (possível) cobrança de dados e a consequente mitigação do acesso à internet no Brasil, tendo como paradigma a norma Constitucional, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei n. 12.965/2014 – Marco Civil da Internet.

2 O QUE É ACESSO À INTERNET NO SENTIDO DE DIREITO SOCIAL?

Para melhor compreender o significado e a importância do que o acesso à rede – através da internet – representa para a sociedade atual como direito social, é necessário se fazer um breve relato histórico, a fim de resgatar o contexto do surgimento do projeto tecnológico que hoje viria a se tornar um instrumento essencial na transformação e aprimoramento das estruturas sociais, culturais, políticas e econômicas mundiais: a internet.

Em uma época marcada pela corrida armamentista e disputas pelo poder entre as nações, período compreendido entre pós-segunda guerra mundial e a Guerra Fria, o governo norte-americano desenvolveu o projeto militar ARPAnet – *Advanced Research Projects Agency Network* - com a finalidade de interligar em rede as bases

militares e seus centros de pesquisa, para estabelecer uma comunicação segura e em tempo real.

A ARPAnet operava com base na tecnologia *packet switching*, logo o sistema “tornava a rede independente de centros de comando e controle, para que a mensagem procurasse suas próprias rotas ao longo da rede, sendo remontada para voltar a ter sentido coerente em qualquer outro ponto da rede (CASTELLS, 2002, p. 82). Por um longo período o sistema fora utilizado apenas pelo governo e algumas universidades com foco em pesquisas científicas.

Já na década de 1990, no CERN (Conselho Europeu para Pesquisa Nuclear), um grupo de pesquisadores liderados por Tim Beners Lee e Robert Cailliau criou *world wide web* (WWW), um sistema que uniu o hipertexto³ e a internet através da linguagem *HTTP*⁴. Em outras palavras, o referido sistema possibilitava o acesso a páginas com conteúdo de imagens, sons, textos e vídeos de forma simplificada, de modo que qualquer pessoa com conhecimentos básicos em informática pudesse utilizá-lo.

No início dos anos 2000, a internet passa a integrar efetivamente o cotidiano das pessoas, possibilitando a inserção destas em uma rede global de comunicação, produção de informação e conhecimento. Com isso, rompe-se o paradigma moderno de tempo-espço, a sociedade industrial sucumbe em face da sociedade da informação ou sociedade em rede, que se apresenta como uma estrutura de organização da sociedade baseada nas TICs (tecnologias

³ Hipertexto é o termo que remete a um texto ao qual se agregam outros conjuntos de informação na forma de blocos de textos, palavras, imagens ou sons, cujo acesso se dá através de referências específicas, no meio digital denominadas hiperlinks (WIKIPEDIA, texto digital, 2016). <https://pt.wikipedia.org/wiki/Hipertexto>

⁴ HTTP é um protocolo de comunicação (na camada de aplicação segundo o Modelo OSI) utilizado para sistemas de informação de hipermídia, distribuídos e colaborativos (WIKIPEDIA, texto digital, 2016) https://pt.wikipedia.org/wiki/Hypertext_Transfer_Protocol

de comunicação e informação), sendo os computadores a central de processamento e distribuição da informação com base nos conhecimentos internalizados nesta grande rede (CASTELLS, 2005).

O processo de interação social agora não segue mais uma hierarquia, uma vez que passa a organizar-se num plano horizontal de modo que compõe o “[...] espaço público, ou seja, o espaço cognitivo em que as mentes das pessoas recebem informação e formam os seus pontos de vista através do processamento de sinais da sociedade no seu conjunto” (CASTELLS, 2005, p. 22). Na *web*, emerge uma onda de novos de canais interativos: *blogs*, *vlogs* (*videoblog*), *podding*, *streaming* dentre outros. Assim, uma estrutura de computadores em rede “[...] pela primeira vez na história, permite que as pessoas comuniquem umas com as outras sem utilizar os canais criados pelas instituições da sociedade para a comunicação socializante” (CASTELLS, 2005, p. 23).

Neste sentido, Lévy (2011, p. 94), explica que hoje as TICs influenciaram a criação de uma nova forma de organização da estrutura social, baseada no “[...] ciberespaço como o *espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores*”. Neste contexto, desenvolve-se a cibercultura, resultado da “[...] cultura contemporânea, associada às tecnologias digitais (ciberespaço, simulação, tempo real, processos de virtualização etc.) [...]” (LEMOS, 2010, p. 15).

A expressão de maior destaque da sociedade em rede, na cultura popular, é o próprio site do *Facebook*, uma rede social criada por Mark Zuckerberg em 2005, inicialmente concebida como um projeto universitário para facilitar a troca de informações entre os acadêmicos na forma de comunidade *on-line*. Rapidamente o site se popularizou entre os estudantes, fazendo com que Zuckerberg

cogitasse a expansão e abertura do *Facebook* ao público em geral (SANTINO, texto digital, 2016). Hoje, a rede social conta com mais de 1,6 bilhão de pessoas do mundo inteiro interagindo entre si, visando não só o entretenimento, mas também a troca de informações e conhecimentos através do intercâmbio cultural, o fomento ao *e-commerce*, e a conscientização política, através da organização de movimentos sociais.

A ONU, em seu Relatório do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão, considera que a internet desempenha um papel central na sociedade atual, sendo importante instrumento na consecução da igualdade entre as pessoas. Conforme o Relator Especial:

(...) acredita que a Internet é um dos mais poderosos instrumentos do século XXI para ampliar a transparência na conduta dos poderosos, acesso à informação, e facilitando a participação cívica ativa na construção de sociedades democráticas. (...) o papel chave que a Internet possui na mobilização de populações em clamores por justiça, igualdade e melhor respeito pelos direitos humanos. Assim, facilitando o acesso à Internet para todos os indivíduos, com a menor restrição de conteúdo online possível, deveria ser uma prioridade para todos os Estados (RELATÓRIO, 2011, p. 4).

Conforme relatório divulgado pela União Internacional de Telecomunicações, atualmente existem cerca de 3,2 bilhões de usuários de internet no mundo inteiro, dos quais mais de 2 bilhões vivem em países em desenvolvimento. O relatório aponta que “ao longo dos últimos 15 anos, tecnologias de informação e comunicação (TIC) têm crescido de uma forma sem precedentes, proporcionando grandes oportunidades para o desenvolvimento social e econômico” (ONU, texto digital, 2015).

O Relator, Frank LaRue (2011, p. 6), explica que poucos desenvolvimentos nas TICs ensejaram efeitos tão inovadores como a criação da internet, porque esta, diferentemente dos meios de comunicação tradicionais como rádio, televisão e jornais, possibilita uma interação de dupla via: ‘os indivíduos já não são receptores passivos, mas também editores ativos de informação’. Deste modo, a internet possibilita acessar conhecimentos que noutros tempos eram inatingíveis, proporcionando uma maior aproximação da verdade e o progresso de toda a sociedade.

O governo brasileiro ao perceber a importância da sociedade informacional na contemporaneidade e os seus reflexos nos pilares da estrutura social do país: econômica, educação e política entendeu que era primordial que se promovessem políticas públicas de inclusão digital, ou seja, o fomento na construção de melhores condições do acesso a todos no acesso à internet por meio de programas jungidos entre as esferas públicas, privadas e apela sociedade e, por consequência, a inserção daqueles que não dispõem de condições econômicas e intelectuais, encontram-se à margem das TICs.

Assim, as políticas públicas⁵ voltadas à capacitação e à massificação do acesso à internet surgem de demandas públicas e da necessidade de fomento à inclusão digital no país. Para tanto, ini-

⁵ A política pública neste breve estudo é definida como um programa ou quadro de ação governamental, que consiste num conjunto de medidas articuladas - coordenadas entre as esferas-, cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito. (BUCCI, 2006, p.14). Nesse sentido, segundo Bucci, a política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas “políticas de Estado” – e há outras que se realizam como partes de um programa como partes de um programa maior, são as ditas “políticas de governo”. (BUCCI,2006, p.19).

cialmente, houve a implementação de tele centros comunitários no território brasileiro, que são espaços públicos localizados em escolas da rede municipal de ensino, com computadores conectados à internet, cujos objetivos são promover a capacitação intelectual do usuário, assim como a integração escola-comunidade, a cultura e o lazer (BRASIL, GOVERNO DE MANAUS, texto digital, 2016). Neste ínterim, o Governo também lançou o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL) em 2010, através do Decreto n. 7.175/2010, que tem objetivo principal de massificar o acesso à internet em banda larga no país, principalmente nas regiões mais carentes da tecnologia (BRASIL, MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 2016).

Recentemente, em setembro de 2015, segundo o Relatório da Comissão da Banda Larga Para o Desenvolvimento Digital, a ONU elogiou a iniciativa do governo brasileiro, que, após a boa receptividade do PNBL, pretende implementar o Plano Nacional de Banda Larga 2.0, também chamado “Banda Larga para Todos” até 2018 (ONU, texto digital, 2015). A segunda fase do PNBL planeja instalar em todo o Brasil uma conexão que alcance a velocidade de 25mbps.

A partir desses delineamentos, é possível visualizar a íntima relação do acesso à internet como um direito social do cidadão tendo em vista os reflexos decorrentes do (des)conhecimento das TICs, especificamente a internet, na vida cotidiana do indivíduo. Hoje, estar conectado à rede não pode e nem deve ser visto como apenas outro instrumento facilitador nos meios de comunicação. Pelo contrário, partilhar do ciberespaço e interagir no campo da cibercultura agrega uma dinâmica visão do espaço-tempo. E torna o cidadão incluso nas discussões sobre as decisões e informações

que lhe afetam e, por consequência, sente-se acolhido em comunidade e apto a exercer a cidadania num sentido amplo, educacional e político.

Nesse sentido, o constituinte de 1988, evidencia em seu preâmbulo que o documento visa a instituição de 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 [...]”, assim como que tem como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). A Carta Magna também menciona que são direitos sociais, dentre outros, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia” (CF, art. 6º). Esses direitos devem ser compreendidos, enquanto dimensão de direitos fundamentais, como:

[...] prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (SILVA *apud* GOTTI, 2012, p. 49).

O acesso à internet no sentido de direito social é proporcionar a cada cidadão brasileiro a oportunidade de participar efetivamente da sociedade informacional, que, como consequência direta, possibilitará para cada cidadão o acesso amplo à informação, educação, cultura, capacitação profissional e melhores condições de inserção no mercado de trabalho. Em outras palavras, trata-se de efetivar, através das TICs, os direitos já positivados na Carta

Magna contextualizando a aplicação da norma constitucional na sociedade contemporânea.

Como forma de positivizar esse direito social emergente, encontra-se em tramitação no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional n. 06 de 2011, de autoria do senador Rodrigo Rollemberg (SENADO FEDERAL, texto digital, 2015), cujo objetivo é incluir, entre os direitos sociais já elencados no art. 6º da Constituição, “o direito ao acesso ágil à Rede Mundial de Computadores (Internet)”. O Senador justifica que o acesso ao computador e à Internet é fator decisivo para a competitividade dos países na economia internacional e dos indivíduos no mercado de trabalho.

A iniciativa da proposta de emenda constitucional acima referida é um avanço legislativo, cujo objetivo é conduzir a sociedade à era pós-moderna, no sentido de que a todos deve ser estendido o direito ao acesso à internet, porque, em pleno século XXI, viver a margem da era da informação compromete o futuro do país, cerceando as oportunidades educacionais, sociais e profissionais dos cidadãos que não têm acesso ao mundo virtual. Portanto, não parece ser aceitável a coexistência duas castas de cidadão: os que têm amplo acesso às oportunidades dadas pelas TICs e os que estão isolados das amplas perspectivas educacionais e profissionais do futuro.

Acredita-se que com a PEC n. 06 de 2011, o governo está atuando de forma a viabilizar esse acesso à internet a todos os cidadãos do Brasil e, conseqüentemente, dando mais um passo ao desenvolvimento da sociedade de forma ampla, possibilitando o aperfeiçoamento cultural, econômico e político do país.

3 A POSSÍVEL E INACEITÁVEL CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE DADOS

Desde que os veículos de informação noticiaram que as principais operadoras de internet banda larga fixa – NET, Claro, Embratel, Vivo e Oi –, que juntas atendem 85,5% dos 25,5 milhões de clientes de banda larga fixa no Brasil (G1, texto digital, 2016), passariam a oferecer apenas planos com limite de dados no Brasil, os usuários da rede começaram a se manifestar de forma desfavorável à nova proposta, assim como alguns órgãos públicos e entidades de classe. Conforme as operadoras, no novo modelo, o consumidor terá direito a um limite de uso da rede durante o mês, também conhecido como franquia. Se esse limite for ultrapassado, a operadora poderá reduzir a velocidade ou mesmo cancelar a conexão até o final do mês. A limitação de dados consiste, assim, em uma cláusula adicional aos contratos firmados entre a prestadora do serviço e o consumidor.

A possibilidade de cobrança mediante restrição de dados está prevista no art. 63, da Resolução nº 614/ 2013, da Anatel, que regulamenta o serviço de comunicação multimídia (SCM), *in verbis*:

Art. 63. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características:

I - velocidade máxima, tanto de download quanto de upload, disponível no endereço contratado, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do Assinante, respeitados os critérios estabelecidos em regulamentação específica;

II - valor da mensalidade e critérios de cobrança; e,

III - franquia de consumo, quando aplicável.

§ 1º O Plano de Serviço que contemplar franquia de consumo deve assegurar

ao Assinante, após o consumo integral da franquia contratada, a continuidade da prestação do serviço, mediante:

I - pagamento adicional pelo consumo excedente, mantidas as demais condições de prestação do serviço; ou,

II - redução da velocidade contratada, sem cobrança adicional pelo consumo excedente (ANATEL, texto digital, 2016).

A aplicação da nova cláusula modifica drasticamente a atual forma de contratação do serviço de internet, porque a cobrança passa a ser realizada não mais pela velocidade de conexão, mas pela velocidade de conexão condicionada a um limite de dados mensais. Na prática, o cliente teria a opção de contratar, por exemplo, a velocidade de 15mb com uma franquia de dados de 80Gb mensais. Atingido o limite dos 80Gb a operadora suspenderá o serviço de internet, ou reduzirá a velocidade da conexão, condicionando seu restabelecimento ao pagamento de uma taxa adicional (DIAS, texto digital, 2016).

A primeira vista a nova política de consumo pode parecer benéfica ao usuário, no entanto, após um breve raciocínio se percebe que, de fato, não há beneficiamento algum. Segundo o IBGE, o tamanho das famílias no Brasil gira em torno de três pessoas por domicílio (IBGE, texto digital, 2016). No atual cenário em que os aparelhos eletrônicos conectados à internet dentro de casa são cada vez mais comuns, o limite de uso pode se tornar um problema, considerando-se que nesta família há um smartphone para cada um e que são compartilhados outros aparelhos conectados à internet via cabo ou Wi-Fi como TV, computador, videogame e tablet, a franquia poderá ser ultrapassada sem muito esforço (NUNES; SILVA, texto digital, 2016).

O serviço de *streaming* de vídeo prestado pela Netflix consome, em média, até 0,3gb/hora, para vídeos de boa qualidade, 0,7gb/hora, para vídeos de melhor qualidade; e, até 2,3gb/hora para vídeos em HD (NETFLIX, texto digital, 2012). Considerando o uso de banda simultâneo por duas ou mais pessoas de uma mesma família, a franquia logo se esgotaria. Na verdade, com a limitação de dados, a tendência é que seja necessário que cada membro da família contrate uma assinatura para, assim, tentar atender às suas necessidades. Consequentemente, o valor dependido pelo grupo familiar com o acesso à internet sofreria um aumento considerável.

Diante da atual situação, a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações -, criada pela Lei 9.472/1997, com a função de órgão regulador das telecomunicações, que deveria atuar de forma a evitar eventuais distorções no mercado como também na defesa do consumidor, manifestou-se condescendente à iniciativa das operadoras, indo de encontro à legislação que disciplina as relações econômicas no setor de telecomunicações, conforme o art. 5º, da LGT:

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público (BRASIL, texto digital, 2016).

Nesse sentido, a agência reguladora impôs um condicionamento a eficácia da nova cláusula de limitação de dados, de modo que as operadoras disponibilizem ferramentas para que o consu-

midor possa acompanhar o consumo de dados. Assim, o vetor de aplicação da limitação de dados consiste na obrigação de as operadoras em: a) disponibilizar página na internet de acesso reservada ao consumidor; b) criar e fornecer ferramenta de acompanhamento de consumo e c) informar ao consumidor que sua franquia se aproxima do limite contratado (G1, texto digital, 2016).

Diante da posição sustentada pela Anatel, os usuários da internet, manifestaram seu descontentamento através das redes sociais, criando uma página no *Facebook* intitulada “Movimento Internet Sem Limites”, que conta atualmente com cerca de 470 mil adeptos. Além disso, foi criada uma petição on-line na plataforma Avaaz, denominada “Vivo, GVT ,OI, NET, Claro, Anatel, Ministério Público Federal: Contra o Limite na Franquia de Dados na Banda Larga Fixa”, que conta com aproximadamente 1.640.000 assinaturas, cujo objetivo é impedir a concretização da nova política de cobranças pelas operadoras de internet.

Além da inconformidade dos usuários, o promotor Paulo Binicheski, do PRODECON - Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor do Distrito Federal, está investigando a possibilidade de formação de cartel – prática que visa eliminar a concorrência de mercado - pelas principais operadoras de internet do país, cuja finalidade é barrar os serviços de *streaming* como a Netflix. Binicheski argumenta que “Basicamente quase todas as empresas que fornecem TV por assinatura também fornecem acesso à internet, e elas vêm sendo desbancadas pelo streaming” (G1, texto digital, 2016), e que as empresas já tentaram firmar um acordo comercial com a Netflix, porém sem êxito. Em seguida, estas empresas anunciam, simultaneamente, uma nova e prejudicial política de dados

ao mercado. Medida que pode ser considerada, no mínimo, controversa.

O presidente da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil -, Claudio Lamachia, afirmou que a Anatel está criando normas permissivas às operadoras de internet para que “prejudiquem” os consumidores a partir do momento em que preveem o corte de sinal quando o cliente atingir o limite da franquia (G1, texto digital, 2016). Que, além disso, está-se violando pelo menos duas leis federais (o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet), e que não é admissível que a resolução de uma agência reguladora possa preponderar sobre uma legislação federal (UOL, texto digital, 2016). Juridicamente a regulamentação proposta pela Anatel seria inconstitucional, segundo a visão da OAB.

Recentemente, no dia 18 de abril de 2016, após grande repercussão da impopular medida adotada pelas operadoras, e a pressão das manifestações da população, órgãos e conselhos de classe, a Anatel publica, mediante despacho do superintendente, medida que suspende o corte ou limitação da internet por período de 90 dias, tendo em vista “a relevância do acesso à Internet para os cidadãos e para o desenvolvimento do País”, e que este seria o período razoável para que o consumidor possa “identificar o seu perfil de consumo” (IMPRENSA NACIONAL, texto digital, 2016).

Apenas quatro dias após a referida publicação, o Conselho Diretor da Anatel decidiu por meio de circuito deliberativo proposto pelo presidente da Agência, João Rezende –, examinar o tema das franquias na banda larga fixa, com base nas manifestações recebidas pelo órgão. Até a conclusão desse processo, o qual não possui prazo determinado, todas as operadoras permanecerão proibidas de reduzir a velocidade, suspender o serviço ou cobrar pelo tráfego

excedente, ainda que estas ações estejam previstas em contrato de consumo ou plano de serviço (ANATEL, texto digital, 2016).

Diante desse embate, não é possível vislumbrar um sentido na instituição de políticas públicas de inclusão digital, do fomento universal ao acesso à rede e comemoração da conquista da promulgação do Marco Civil da Internet se, na contramão, a visão privada e restritiva for prevalecida em detrimento a todo o processo de fomento já instituído. É insustentável que se assegure o acesso a rede como direito humano e, ato contínuo, se construa barreiras econômicas que tolham tal acesso da maioria da população. Há, no mínimo, a iminência de um retrocesso. Por outro lado, a atuação da ANATEL deste momento parece ser insegura, fluida demais e parece desconhecer o seu único papel que é o de regular as relações de telecomunicações no país buscando a proteção do usuário.

4 INCONSISTÊNCIAS DA CLAUSULA DE LIMITAÇÃO DE DADOS EM RELAÇÃO A LEGISLAÇÃO DE ACESSO À INTERNET NO PAIS.

Apesar de a proposta de aplicação franquia de dados aos contratos de acesso à internet se encontrar suspensa por tempo indefinido, em razão de processo deliberativo pelo Conselho Diretor da Anatel, cabe proceder à análise da possibilidade de aplicação da nova clausula contratual frente ao ordenamento jurídico pátrio, a fim de verificar as eventuais inconsistências e respectivas implicações aos direitos dos usuários de internet. Para tanto, a análise será feita com fundamento na Constituição Federal, Código de Defesa

do Consumidor e o Marco Civil da Internet, legislação específica à internet.

A Carta Constitucional logo em seu art. 1º, inciso III, traz como um de seus fundamentos, à dignidade humana, que está fortemente vinculada com o acesso à internet, uma vez que esta possui um papel central na sociedade contemporânea, porque as TICs e, especialmente, a internet, “fornecem novas capacidades a uma velha forma de organização social: as redes” (CASTELLS, p. 17, 2005). As redes formadas ao longo da internet possibilitam ao ser humano o acesso à informação, conhecimento, produção de conteúdo, interação em tempo real, enfim, possibilita uma imersão cultural, o que até metade dos anos 1990 era intangível ao homem médio.

Neste contexto, a Constituição também assegura como fundamentais os direitos elencados no art. 5º e incisos, dentre os quais, encontram-se o direito da livre manifestação do pensamento (IV), o direito à livre expressão da atividade intelectual, artística e científica e de comunicação (IX), direito de acesso à informação (XIV). Na sequência, em seu art. 6º, a Carta Magna passa a tratar dos direitos sociais como a educação e o trabalho.

Atualmente, as políticas públicas de inclusão digital providas pelo governo estão incentivando cada vez mais os brasileiros a buscar conteúdo no ciberespaço e a utilizar-se dele como ambiente de aprendizado e capacitação profissional. Hoje, cerca de 25% das matrículas do ensino superior são na modalidade EAD – ensino à distância -, e a tendência é de que em poucos anos essa fatia possa alcançar até 45% (SCHINCARIOL, texto digital, 2016). Isso ocorre porque através do estudo à distância se possibilita maior flexibilidade ao aluno e também menos onerosidade. Levando-se em consideração a popularização dessa modalidade de ensino,

atualmente tramita na Câmara dos Deputados o PL 5797/2009 (CAMARA DOS DEPUTADOS, texto digital, 2016), cujo objetivo é normatizar a possibilidade de aplicação do FIES – Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - e as bolsas do PROUNI – Programa Universidade para Todos - aos cursos superiores oferecidos na modalidade EAD.

Considerando-se a base do ensino à distância o acesso ao conteúdo digital – vídeo aulas online, fóruns online e videoconferência, conceber a possibilidade de aplicar a limitação ao acesso da internet através de franquias de dados seria um retrocesso. Seria uma violação clara aos direitos fundamentais e sociais do brasileiro, além de prejuízo ao erário, considerando os sólidos investimentos do Governo em políticas públicas de inclusão digital, que, conseqüentemente, refletem no FIES e no PROUNI. Ao se regulamentar à mitigação do acesso à internet através da nova política de franquia de dados é fragilizar os direitos constitucionais de cada usuário de internet no Brasil. Do ponto de vista legal, além da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet inviabilizam a pretensão das operadoras.

Ao se tratar das relações de consumo, deve-se interpretar o CDC de acordo com os seus princípios norteadores. No caso em análise, deve-se conceder maior destaque ao princípio do equilíbrio nas relações de consumo – segundo o qual diante da necessidade de equilíbrio na relação jurídica havida entre consumidor e fornecedor, a imposição de cláusula que acarrete vantagem exagerada a uma das partes e ao mesmo tempo onere excessivamente a outra deve ser considerada abusiva e ilícita. Em tese, as operadoras visam instituir uma nova e mais severa forma de cobrança pelo fornecimento do mesmo serviço: o acesso à internet. Segundo o

Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – a implementação das franquias de dados à internet banda larga fixa implica em elevar o custo do serviço sem justificativa técnica.

Neste contexto, há ainda o Marco Civil da Internet, legislação específica ao ciberespaço, que deve ser interpretada, conforme dispõe em seu art. 6º, levando-se em consideração “a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e a sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural”. Em outras palavras, hoje o direito ao acesso à internet é fundamental na promoção do desenvolvimento de toda a estrutura da sociedade brasileira.

O Marco Civil é contundente na defesa da neutralidade da rede - uma filosofia que prega basicamente a democracia na rede, permitindo assim acesso igualitário de informações a todos, sem quaisquer interferências no tráfego online -, o que impossibilita, dentre outros aspectos, a discriminação do tráfego, ou seja, a pretensão de se regulamentar a limitação do acesso à internet pelas franquias de dados. Nesse sentido, o Marco Civil dispõe em seu art. 9º, *in verbis*:

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. [...]

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência (BRASIL, texto digital, 2016).

A discriminação ou degradação do tráfego será possível, ex-

cepcionalmente, nos termos das atividades privativas do Presidente da república. Significa que o Comitê Gestor da Internet e a Anatel terão a premissa somente de “ser ouvidos”, não importando em vinculação da presidência aos seus pareceres e opiniões. A discriminação do tráfego somente poderá □ decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações e serviços de emergência. Assim, resta por concluir novamente que a proposta de limitação do acesso à internet através da instituição de franquias de internet, mostra-se incompatível com as disposições jurídicas do ordenamento jurídico pátrio.

5 NOTAS CONCLUSIVAS

Em linhas finais, porém longe de esgotar a discussão, é possível tecer algumas considerações. Uma, é que o acesso à internet passou a ocupar um papel central na sociedade contemporânea, adquirindo o status de direito social, e que, por este motivo, deve ser defendido incisivamente pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a imposição de barreiras ao acesso à internet, a exemplo da possível instituição de franquia de dados no serviço de internet fixa banda larga, ensejaria duas classes distintas de pessoas: as que teriam condições econômicas para ter assegurado o seu direito de acesso à internet e, por outro lado, aquelas que teriam seu direito obstado por motivação econômica.

Outro ponto que parece emergir do tema é a necessidade de maior intervenção do governo na economia a fim de evitar eventuais distorções no mercado. A discussão a fim de viabilizar a segmentação do acesso à internet pelas operadoras é apenas mais um

exemplo de situação que cede lugar a uma possível falha de mercado, ao que a Economia denomina de cartel – que neste caso, é a possibilidade destas poucas empresas que juntas a maior parcela do setor de telecomunicações, manipularem o mercado com o fim de eliminar a concorrência para otimizar o lucro.

Outro aspecto é a fragilidade da Anatel frente à pressão do mercado. A agência criada pelo governo para regular o setor de telecomunicações de forma a observar a função social da propriedade, a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor, e a redução das desigualdades regionais e sociais, parece, em alguns momentos, desvencilhar-se de seu papel para se tornar condescendente ao *lobby* das operadoras de telecomunicações. Neste momento de conflito de interesses, é fundamental que a agência reguladora siga no sentido de dar suporte às políticas públicas de inclusão digitais promovidas pelo governo, e não ir de encontro a elas.

REFERÊNCIAS

ANATEL. *Resolução n° 614, de 28 de maio de 2013*. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. Câmara dos deputados. *Projeto de lei n. 5797/2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=445184>>. Acesso em 26 abr. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016

BRASIL. *Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997. Lei Geral de Telecomunicações*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em:

23 abr. 2016.

BRASIL. *Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BRASIL. Governo de Manaus. *O que são tele centros*. Disponível em: <<http://telecentro.manaus.am.gov.br/o-que-sao-os-telecentros/>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Imprensa nacional. *Diário Oficial da União, seção 01*. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/04/2016&jornal=1&pagina=79&totalArquivos=144>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. Ministério das comunicações. *Programa Nacional de Banda Larga (PNBL) - Início*. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/programa-nacional-de-banda-larga-pnbl>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BRASIL. Senado federal. *Proposta de Emenda à Constituição n° 6, de 2011*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99334>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

BUCCI, Maria Paula. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org.) *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. *A sociedade em rede: do conhecimento a ação política*. Conferência promovida pelo Presidente da República. Brasília: Imprensa Nacional, 2005.

DIAS, Rogério. *Perguntas e respostas sobre mudanças na internet fixa*. Tecnologia. Veja São Paulo. Disponível em: <<http://vejasp.abril.com.br/materia/novo-corte-cobranca-internet-fixa>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

G1. *Franquia de dados na internet fixa: veja perguntas e respostas*. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/franquia-de-dados-na-internet-fixa-veja-perguntas-e-respostas.html>. Acesso em: 23 abr. 2016.

G1. *Impedir limite na internet fixa pode elevar preço do serviço, diz Anatel*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/04/impedir-limite-na-internet-fixa-pode-elevar-preco-do-servico-diz-anatel.html>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

G1. *MP do DF vê indícios de cartel em cobrança de web por pacote de dados*. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/04/mp-do-df-ve-indicios-de-cartel-em-cobranca-de-web-por-pacote-de-dados.html>. Acesso em: 23 abr. 2016.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*, 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

IBGE. *Nas duas últimas décadas houve uma queda substancial do tamanho da família*. Disponível em: <<http://teen.ibge.gov.br/biblioteca/274-teen/mao-na-roda/1770-a-familia-brasileira.html>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

LEMONS, André. *Tecnologia e vida social na cibercultura contemporânea*. 5. Ed. Porto Alegre: Sulina, 2010.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

NETFLIX. *Saiba quanto Netflix consome da sua franquia de banda larga*. Disponível em: <<http://netflixatende.blogspot.com.br/2012/10/saiba-quanto-netflix-consome-da-sua.html>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

NUNES, Emily Canto; SILVA, Victor Hugo. *O que muda com o limite de uso dos planos de internet banda larga*. Disponível em: <<http://tecnologia.ig.com.br/2016-03-10/o-que-muda-com-o-limite-de-uso-dos-planos-de-internet-banda-larga.html>>. Acesso em 24 abr. 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A report by the broadband commission for digital development*. Disponível em: <<http://www.broadbandcommission.org/Documents/reports/bb-annualreport2015.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Em 15 anos, número de usuários de internet passou de 400 milhões para 3,2 bilhões, revela ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/em-15-anos-numero-de-usuarios-de-internet-passou-de-400-milhoes-para-32-bilhoes-revela-onu/>>. Acesso em: 23 abr. 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2016

SANTINO, Renato. *Veja como era o escritório do Facebook em 2005*. Disponível em: <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/veja-como-era-o-escritorio-do-facebook-em-2005/57363>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

UOL. *Limitação da internet fixa é inconstitucional, diz presidente da OAB*. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/04/20/limitacao-da-internet-fixa-e-inconstitucional-diz-presidente-da-oab.htm>> . Acesso em 23 abr. 2016.

APORTES PARA UMA TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL: O CASO GOMES LUND E AS IMPLICAÇÕES RESULTANTES DA CONDENAÇÃO BRASILEIRA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS¹

Felipe Dalenogare Alves² e Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto³

¹ Este trabalho é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde os autores atuam na condição de participantes. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Capes 5). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM, em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor no curso de Direito da Faculdade Antonio Meneghetti – AMF. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Membro docente do Instituto Brasileiro de Direito – IbiJus. Bolsista CAPES/PROSUP (Tipo II). E-mail: felipe@estudosdedireito.com.br.

³ Mestrando em Direito Constitucional e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - RS - UNISC

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e monográfico (fins procedimentais) sobre a temática do controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pelos juízes e tribunais dos Estados-partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

A preocupação com o estabelecimento de um Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), objetivando a proteção, promoção e responsabilização (com a consequente reparação) pela violação a estes direitos, tem sido um dos principais objetivos e, ao mesmo tempo, desafios tanto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que desencadeou a aplicação de um controle de convencionalidade, ainda pouco conhecido e estudado no Brasil.

O controle de convencionalidade nasce da necessidade de observância dos instrumentos internacionais de que o Estado seja parte, calcado em princípios do direito internacional, como *liberum voluntatis arbitrium*, *pacta sunt servanda* e *bonam fidem*, compatibilizando o ordenamento jurídico interno não só à Constituição, mas também aos acordos, tratados e convenções de que o Brasil seja signatário.

(CAPES 5), com Bolsa Capes. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional Aberta", vinculada e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDCConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Advogado. E-mail: lacvasconcelos@terra.com.br

Assim, a Corte, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil recomendou ao Estado brasileiro, dentre outras providências, a adoção de todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade.

Estabelecidos estes aspectos, a pesquisa justifica-se pela necessidade de um estudo que aborde pontos essenciais que contribuam à colaboração na construção de uma teoria do controle de convencionalidade, focando-se no seguinte problema: quais os principais desafios, no contexto brasileiro, para a realização/aceitação de um controle de convencionalidade a partir do caso Gomes Lund?

Para tanto, serão abordados os principais aspectos referentes ao tema, como um breve aporte teórico sobre o controle de convencionalidade, tanto externo, quanto interno, para, ao final, realizar-se uma análise do caso Gomes Lund e os reflexos para o controle de convencionalidade no Brasil.

2 POR UMA TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O PAPEL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A preocupação com o estabelecimento de um Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), objetivando a proteção, promoção e responsabilização (com a conseqüente reparação) pela violação a estes direitos, tem sido um dos principais objetivos e, ao mesmo tempo, desafios tanto à Comissão Interamericana de

Direitos Humanos, quanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Embora a posituação internacional seja fenômeno recente, a preocupação com a questão dos direitos humanos é antiga, tendo sido fruto de um processo que se inicia no pós-Segunda Guerra Mundial. Os principais instrumentos internacionais de proteção desses direitos surgem, inicialmente, como uma tentativa de se evitar a repetição das violações cometidas por sistemas totalitários, como o fascismo e o nazismo. A partir daí, o tema dos direitos humanos passou a possuir *status* obrigatório no cenário internacional.

Como consequência dessa preocupação, passou-se a serem elaborados instrumentos de âmbito internacional, os quais buscam assegurar garantias mínimas ao bem-estar da pessoa humana, cujo exemplo mais latente é a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴.

Esse processo de universalização dos direitos humanos, por sua vez, acarretou a formação de sistemas internacionais entre Estados voltados à proteção e garantia desses direitos, o que culminou na criação das Nações Unidas, sendo que, posteriormente, cada continente veio a regulamentar a questão e criar seu sistema regional, surgindo então os sistemas americano, africano e europeu de proteção aos direitos humanos.

Nesse contexto, por proposta da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 1948, pelos Estados membros foi apro-

⁴ A Declaração Universal dos Direitos do Homem é tida como um dos mais expressivos documentos a assegurar as mínimas condições e garantias visando a vida digna do ser humano, tendo sido ratificada pela maioria dos Estados mundiais. Esse documento foi assinado em 10 de dezembro de 1948 no âmbito da Assembleia-Geral das Nações Unidas, sendo considerado um marco histórico a partir do qual a proteção dos direitos humanos passou a ser tratada não mais como um assunto interno de cada Estado, mas como foco do interesse comum de toda a humanidade.

vada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Tal instrumento disciplina de forma detalhada todos os deveres dos Estados-membros quanto à garantia de direitos, em especial, dos direitos humanos, sendo que, em 1959, foi criada a Comissão Americana de Direitos Humanos, órgão competente para examinar reclamações encaminhadas por indivíduos contra Estados-membros do sistema interamericano por eventual violação dos direitos humanos por parte desses Estados.

Dez anos após a criação da Comissão, foi finalmente aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José e Costa Rica. Porém, tal documento somente entrou em vigor em 1978, tendo em vista a necessidade de que, no mínimo, 11 Estados membros da OEA a ratificassem; sendo que, em 1979, foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do sistema, com competência consultiva e contenciosa, permitindo, assim, processar e julgar Estados por violações à defesa e garantia dos direitos humanos do cidadão no âmbito do continente americano⁵.

Assim, os Estados-partes (dentre eles o Brasil), ao ratificarem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), firmaram o compromisso previsto em seus artigos 1º e 2º, os quais estabelecem as obrigações de respeito e garantia aos direitos nela elencados, com a obrigação de adotar todas as medidas internas necessárias ao cumprimento do Pacto.

⁵ O Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos se apresenta como um sistema bifásico formado por dois órgãos distintos e com competências bem definida, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo de competência da primeira realizar um juízo de admissibilidade da causa, a qual, se admitida, será encaminhada para apreciação da segunda, tendo esta última competência jurisdicional para decidir o caso com base imperativamente na CADH.

Esta necessidade de adoção decorre do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual estabelece que o Estado-parte não poderá invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento às disposições assumidas por ocasião da ratificação de um tratado internacional.

No cenário interamericano, ainda que haja precedentes pontuais em votos isolados de alguns juízes⁶, foi no caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela primeira vez, assentou a necessidade de realização de um Controle de Conventionalidade por parte dos juízes e tribunais dos Estados-partes da CADH (SAGÜÉS, 2010, p. 118).

Para tanto, há de se dizer que o cumprimento das obrigações de respeito, garantia e adequação do sistema interno à CADH só será possível com o estabelecimento de um agir estatal adequado às normas de direitos humanos. Nesse sentido, a jurisprudência da Corte tem estabelecido o entendimento de que, se um Estado manifesta sua intenção em cumprir a Convenção, a aplicação de uma norma interna com ela incompatível ou a falta de adaptação do ordenamento interno e das condutas estatais constituem-se como violação ao Pacto (RIVAS, 2012, p. 105).

Esta relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os Estados-partes, principalmente entre a Corte e os tribunais nacionais (diálogo interjurisprudencial) compõe, como aponta Bazán (2011, p. 67), uma lógica complexa, não sendo, sempre, uma relação pacífica e linear.

⁶ A exemplo, destaca-se o voto do juiz Sergio García Ramírez, no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, julgado em 25 de novembro de 2003, em que este mencionou a necessidade das disposições internas dos Estados-membros aderirem ao previsto na CADH (HITTELS, 2009, p.110).

Isso porque a mesma disposição que o Estado apresenta ao assinar um tratado internacional não tem sido verificada no momento de adotar as medidas necessárias para a sua concreta efetivação no plano interno, principalmente por demandar uma série de ações que, muitas vezes, são menosprezadas por ir de encontro aos distintos interesses políticos, sociais, culturais, religiosos, dentre outros, que encontram-se envolvidos no contexto do Estado signatário.

Dentre estas medidas, Carbonell (2013, p. 68) sintetiza quatro ações que apresentam maior resistência de cumprimento (e até controvérsias) por parte dos Estados-partes, todas extraídas da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A primeira é a necessidade de incorporação das normas convencionais ao ordenamento jurídico interno, permitindo, assim, a aplicação do tratado⁷. A segunda consiste na derrogação das normas internas com ele incompatíveis, promovendo-se uma harmonização entre o ordenamento interno e o convencional⁸. A terceira demanda a realização de um diagnóstico acerca da atual situação dos direitos por ele regulados, a fim de precisar a atual situação em que o Estado-parte se encontra na efetivação de tais direitos, com o objetivo de aferir, posteriormente, se houve progresso, estagnação ou retrocesso na sua tutela. A quarta, por sua vez, acarreta a necessidade de reorganização das competências estatais, para que, em todos os níveis do Poder Público, hajam medidas de prevenção

⁷ Neste ponto, entendemos que a ratificação, com posterior promulgação do decreto, é suficiente para sua aplicação direta, sem adentrarmos na discussão que poderia cercar o tema (eventual necessidade de lei que regulamente o tratado), servindo o princípio *pro homine* como um instrumento para a realização de uma hermenêutica de integração entre as normas convencionais e internas.

⁸ Mais uma vez, salientamos que esta derrogação não necessariamente deve ocorrer de forma expressa (revogação por parte do legislador), mas por intermédio de uma aplicação hermenêutica, aplicando-se a norma mais favorável ao homem (princípio *pro homine*).

às violações dos direitos previstos no tratado, bem como o aparelhamento estatal para investigação, punição e reparação às eventuais violações (CARBONELL, 2013, p. 68).

No tocante ao Estado brasileiro, não se pode desconsiderar que, ao petrificar em sua Constituição (Art. 5º, § 2º), que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, o país comprometeu-se a observar e cumprir os dispositivos internacionais de que é parte, no sentido da máxima efetivação dos direitos e garantias neles previstos.

O parágrafo 3º, do mesmo artigo, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, operacionalizou a incorporação dos dispositivos internacionais que versem sobre direitos humanos, estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”⁹.

A presença de normas de reconhecimento e aceitação do direito internacional em nossa Constituição reforça a força normativa dos direitos previstos e assegurados nos instrumentos internacionais de que o Estado brasileiro seja parte, os quais devem ser assegurados não apenas pela jurisdição interna (controle interno), mas também por tribunais internacionais/regionais (controle externo) (ALCALÁ, 2012a, p. 152).

Desse modo, pode-se dizer que o *controle externo* de convencionalidade é aplicado pelas Cortes Internacionais, a exemplo

⁹ Atualmente apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovados com o coro especial, promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

da Corte Interamericana de Derechos Humanos – no caso da Convenção Americana sobre Derechos Humanos¹⁰, que o realiza tanto em sede consultiva quanto contenciosa, a fim de determinar a compatibilidade ou não do direito interno (ou atos gerais dos agentes pertencentes aos Estados-partes) às disposições convencionais, determinando, por sentença, que o Estado-parte, como obrigação de resultado, modifique, suprima ou derogue suas normas ou atos julgados inconventionais (ALCALÁ, 2012b, p. 1168).

Este controle se desenvolve, predominantemente, por intermédio dos julgamentos de casos concretos, analisando se alguma norma ou ato (omissivo ou comissivo) do Estado demonstra-se incompatível com a CADH, objetivando além da já dita máxima eficácia dos direitos humanos, a plena vigência e força normativa da referida convenção (BAZÁN, 2011, p. 68).

Um dos traços marcantes nas decisões da Corte Interamericana de Derechos Humanos tem sido o que se convencionou chamar de sentenças estruturantes¹¹, as quais transcendem os efeitos às partes envolvidas no caso concreto em análise, a exemplo da decisão objeto de análise na última seção deste trabalho¹².

¹⁰ Defende-se a concepção de que a aferição da convencionalidade não se esgota apenas na norma, estendendo-se aos critérios interpretativos conferidos pela jurisdição internacional, os quais devem ser observados e aplicados pelos Estados-partes (CARBONELL, 2013, p. 81).

¹¹ A respeito, ver: BAZÁN, Víctor (Ed.). *Justicia Constitutio y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

¹² É possível identificar um considerável número de decisões em que a CIDH não se ateu apenas ao caso concreto, mas estendeu efeitos para que se obtivesse uma atuação preventiva e corretiva a fim de que tais violações não voltassem a ocorrer: **a) Indígenas:** *Mayagna Awas Tigni* (2001), *Yatama vs. Nicaragua* (2005), *Comunidad Indígena Yakye Axa* (2005) e *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006), *Saramaka vs. Surinam* (2007), *Sarayaku vs. Ecuador* (2012), *Norin Catrimán y otros vs. Chile* (2014); **b) Mujeres:** *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006), *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (2009), *Fernández Ortega* (2010) e *Rosendo Cantú vs. México* (2010), *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* (2014); **c) Niños/as:** *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (2001), *“Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay* (2004), *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005),

A capacidade de guiar e influenciar os Estados democráticos por intermédio da apreciação de casos concretos, seja na compatibilização da jurisprudência dos tribunais pátrios, tentando se estabelecer o alcance desses direitos, seja na indução de políticas públicas, tem sido não apenas um dos fins da Corte, mas também um de seus principais desafios (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

Para atingir sua consecução, a CIDH tem analisado, no desempenho do controle concentrado de convencionalidade, não apenas o caso concreto, mas também o contexto social e institucional (estrutural) em que esse surgiu e adquiriu sentido. Esta atuação pode ser vista em dois momentos, sendo, o primeiro, relacionado aos regimes militares e ao terrorismo de Estado, com a execução e desaparecimento forçado de determinadas pessoas ou grupo de pessoas, em um contexto de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos; já, o segundo, relacionado com a discriminação e violência contra determinados grupos sociais em situação de vulnerabilidade¹³ (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

Em virtude disso, tem sido possível observar na atuação da CIDH, algumas medidas características em suas sentenças¹⁴, como determinações específicas quando o poder público esteja deixando

Mendoza y otros vs. Argentina (2013). *d) Privados de libertad*: “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay (2004), Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela (2006), Vera Vera y otra vs. Ecuador (2011), Pacheco Teruel y otros vs. Honduras (2012). *e) Migrantes*: Vélez Loor vs. Panamá (2010), Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (2012), Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (2014). *f) Desplazados*: “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia (2005), “Masacre de Pueblo Bello” vs. Colombia (2006), Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (2013). *g) Orientación sexual*: Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012)”. (grifou-se). (ROJAS, 2015, p. 129).

¹³ Observa-se que o caso objeto de análise no presente trabalho se coaduna à primeira observação de Abramovich (2009) – execução e desaparecimento de pessoas;

¹⁴ Torna-se importante dizer que estas medidas podem aparecer de forma cumulativa, alternada ou até complementares e que não necessariamente catalogam um rol taxativo característico de tais decisões, como será visto no próximo tópico.

de cumprir uma obrigação pontual e concreta; ordens para que ele atue, dentro dos limites discricionários legalmente conferidos, sendo que, neste caso, não há uma determinação com um conteúdo preciso, mas o estabelecimento de um marco, uma espécie de moldura, dentro da qual deve ocorrer o cumprimento, inclusive com a fixação de prazos; e, em caso de omissões contumazes, quando cumpra de forma ineficiente ou incompleta suas obrigações, deixando o direito sem proteção, determinações em um nível mais avançado, impondo soluções concretas, adentrando na sua margem de discricionariedade, em busca da concretização do direito (FERRAND, 2015, p. 122).

O *controle interno* de convencionalidade se aplica em sede nacional, por conta dos juízes e tribunais locais (sem excluir-se as demais autoridades públicas), uma vez que necessária a compatibilização interna de todos os atos do Poder Público às convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e aos cânones interpretativos estabelecidos em sede de controle externo, por conta dos tribunais internacionais/regionais (BAZÁN, 2011, p. 68).

Significa dizer que o Estado-parte está diante de um novo paradigma vertical de conformação de seus atos (legislativos, administrativos e judiciais), devendo-se proceder, além da conformidade à norma constitucional, a uma conformação às normas convencionais, as quais, no sistema brasileiro, tratando-se de direitos humanos, ou possuem status de normas materialmente constitucionais (Art. 5º, § 2º, da Constituição) ou formalmente equivalentes às emendas constitucionais (Art. 5º, § 3º, da Constituição).

Reconhece-se que o controle de convencionalidade causa impactos em um contexto não familiarizado. O primeiro (objetivo) é de ordem normativa, que impõe o desafio de sua aplicação/acei-

tação no ordenamento interno (a exemplo da hierarquia dos tratados). O segundo (subjetivo) é a imposição de que os operadores do direito, os juízes, por exemplo, devem se preparar e conhecer, para poder operar o *corpus iuris* convencional. Estes dois marcos conduzirão a outros dois impulsos, que constituem-se na aplicação de ofício do direito convencional por parte do juiz e o afastamento da aplicação de normas nacionais julgadas inconventionais (LAZCANO, 2015, [s.p]).

Estas dificuldades ficarão claras na análise que será realizada na seção a seguir, que aborda o caso Gomes Lund e outros v. Brasil, no qual o Brasil foi condenado pela CIDH a uma série de medidas estruturantes, com reflexos, principalmente, à mudança de cultura e forma de agir estatal.

3 O CASO JULIA GOMES LUND A PARTIR DAS PERSPECTIVAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em se falando de fatos ocorridos durante o período do regime militar, a exemplo da Guerrilha do Araguaia¹⁵, imprescindível tecer breves esclarecimentos acerca da Lei da anistia Brasileira. Publicada Em 28 de agosto de 1979, a Lei da Anistia (Lei 6683/79) concedia perdão judicial a todos aqueles que tivessem vindo a cometer crimes políticos durante esse período, sejam eles militares

¹⁵ Formado por integrantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o movimento começou a ser estruturado na segunda metade da década de 1960, com o objetivo de combater o regime militar no Brasil (1964-1985), tendo ocorrido às margens do Rio Araguaia, onde os Estados de Goiás, Pará e Maranhão fazem divisa, por isso ficou popularmente conhecido como Guerrilha do Araguaia.

ou insurgentes do regime. Segundo o governo da época da promulgação da lei (ainda militar), o objetivo da lei era beneficiar os perseguidos pelo regime, tendo em vista que exilados políticos e presos àquela época poderiam voltar para casa.

Assim, nenhum militar poderia ser julgado e condenado por crime político cometido durante o regime. Nesse contexto, tem-se que a lei definiu anistia como um ato pelo qual se extinguem as consequências de um fato punível, tratando-se de uma clemência soberana adotada para a pacificação dos espíritos, conferindo ao anistiado o *status* de jamais poder ser condenado pela prática de um crime ao passo que carrega consigo a ideia de esquecimento.

Protocolada pela Ordem dos Advogados do Brasil, a ADPF-153 contesta a constitucionalidade do artigo primeiro da Lei da Anistia brasileira, que considera como conexos e igualmente perdoados os crimes “de qualquer natureza” relacionados aos crimes políticos ou praticados por motivação política no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

Questiona-se perante o STF uma interpretação mais clara acerca da expressão “*de qualquer natureza*” contida no artigo primeiro da referida lei, a qual concede anistia aos autores de crimes políticos e seus conexos. Postula-se que esse perdão não se estenda aos crimes comuns praticados por agentes públicos (militares e policiais) acusados de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores.

Por isso, peticiona-se, na ação, pela declaração da inconstitucionalidade da Lei da Anistia, a qual possibilitaria as devidas investigações a respeito do que, de fato, ocorreu durante tal período, buscando punir os responsáveis pelas violações ocorridas à época.

Em trecho da exordial da ADPF 153, a entidade chama de “aberrante desigualdade” o fato de a Anistia servir tanto para delitos de opinião, estes cometidos por pessoas contrárias ao regime, e, ao mesmo tempo, para os crimes violentos contra a vida, a liberdade e a integridade pessoal cometidos contra esses opositores.

Não obstante ao pedido principal da ação, ainda é pleiteada a publicização de todos os documentos e relatos escritos referentes a tal período, os quais poderiam revelar a identidade de possíveis violadores, na medida em que não se pode admitir e aceitar o argumento do Estado brasileiro de que o segredo em relação a esses documentos e identidades dessas pessoas se justifica pela paz e segurança da própria sociedade. Sendo assim, a inconstitucionalidade da Lei Federal decorre da violação aos preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), a vida (artigo 5º, *caput*), a proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III), a segurança (artigo 5º, *caput*), dentre tantos outros.

Não obstante todos os argumentos apresentados, o STF julgou improcedente a ADPF nº 153, confirmando a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira. O STF, sob relatoria do Min. Eros Graus, e com apoio de outros seis ministros, decidiu pela constitucionalidade da lei por levar em conta o período em que ela foi criada, bem como pelo fato de tal lei ter decorrido de uma construção social, apoiada, inclusive, pela opinião pública, e, ainda, por se tratar de uma lei necessária, a qual não poderia ser de outra forma senão imbuída de generalidade e abstração¹⁶, a vista

¹⁶Trecho extraído do voto do Ministro Eros Graus, quando do julgamento da ADPF nº 153, p. 50: “A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979 – assumida. A Lei nº 6.683 é uma lei – medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam,

de seu objetivo maior, ou seja, a ruptura com o regime militar e o ingresso do país na ordem democrática.

No âmbito internacional, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte” ou “o tribunal”), o Estado brasileiro é novamente demandado acerca da convencionalidade da já mencionada Lei da Anistia. O caso, conhecido como “Gomez Lund e outros v. Brasil” ou simplesmente como “Guerrilha do Araguaia”, é submetido à referida Corte a fim de que seja declarada inconveniente a Lei de Anistia promulgada pelo Estado brasileiro.

Ainda, postula-se seja determinado que o Brasil proceda à devida investigação e elucidação dos fatos, com a publicização dos arquivos relativos a tal período, sobre a detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de cerca de 70 pessoas, dentre estas, membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado das ações promovidas pelo exército brasileiro entre os anos de 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar o movimento opositor ao regime.

Busca-se, perante o tribunal internacional, nada mais que a garantia do direito à verdade, à memória, à informação, à investigação justa. Enfim, persegue-se o direito à dignidade, um pedido de desculpas, o apontamento dos reais vilões, ora, busca-se simplesmente a verdade.

A Corte, por sua vez, com base no relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁷, recomendou ao Estado

ou, não as tendo vivido, não conhece a história, para quem é assim a Lei 6683 é como se não fosse, como se não houvesse sido”.

¹⁷ Órgão do Sistema Interamericano responsável pela análise prévia de qualquer demanda que venha a ser submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que, para uma demanda chegar à análise da Corte, deve, previamente, passar pela Comissão, a qual poderá ou não submeter o caso à apreciação da Corte. Pode ser entendida como um órgão

brasileiro, dentre outra providências, adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade.

Recomendou, ainda, que o Brasil reconheça publicamente a responsabilidade pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia, promovendo uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente, publicando os resultados dessa investigação.

A Corte, em sua decisão, referiu acerca da importância de o Estado brasileiro reconhecer o ocorrido na Guerrilha do Araguaia como um crime contra a humanidade, ressaltando a ideia de que tais crimes não são suscetíveis de anistia e são imprescritíveis. Dentre outras disposições, a Corte ressaltou, ainda, a importância e o dever do Estado brasileiro de publicar todos os documentos referentes a tal período, os quais irão revelar detalhes das operações militares ainda desconhecidos por todos, informações estas que poderão ser capazes de indicar os exatos locais onde foram enterrados os corpos das vítimas; o dever de reparar financeiramente eventuais sobreviventes e as famílias das vítimas; o dever de promover atos simbólicos para lembrar a memória das vítimas, promovendo um pedido de desculpas público a toda a população brasileira.

de admissibilidade.

4 CONCLUSÃO

Não obstante as atitudes adotadas pelo governo brasileiro para resgate e valorização de sua própria história¹⁸, ainda persiste um grande obstáculo a ser transposto para assentar o efetivo cumprimento da decisão exarada pela CIDH, qual seja, a invalidação da Lei da Anistia brasileira, julgada constitucional pelo STF, a qual impede que sejam investigados e punidos aqueles que cometeram violações durante o regime militar.

A Lei de Anistia, promulgada no regime militar, em 1979, e, por meio da ADPF nº 153 confirmada pelo STF, atenta de forma direta e expressa aos direitos humanos consagrados e garantidos, tanto no âmbito interno, quanto externo, como, por exemplo, a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a própria CF/88.

Desse modo, o Estado brasileiro deve reconhecer, de forma prática, a legitimidade da sentença da CIDH, acerca do caso da Guerrilha do Araguaia, a fim de compatibilizar seu ordenamento interno (Lei da Anistia) à Convenção Americana e à interpretação que a Corte tem estabelecido a ela, sob pena de, em não o fazendo, continuar incorrendo em violação de direitos humanos.

A contraponto, não se pode negar que o Brasil vem desenvolvendo políticas públicas e ações no sentido de resgatar a verdade, no sentido de possibilitar ao povo brasileiro que exerça seu direito à memória, oportunidade em que é pertinente citar o trabalho desenvolvido pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, instituída pela Lei 9.140/1995, a qual vem cumprindo importante papel na investigação e busca de soluções para os casos

¹⁸ Conforme o Ministério da Justiça (2011), “O Brasil tem avançado muito na proteção aos direitos humanos, sem medo de descobrir/conhecer a sua própria história”.

de desaparecimentos e mortes de opositores políticos por autoridades do Estado durante o regime.

É salutar destacar, também, que o Estado implementou a disciplina de Direitos Humanos no âmbito das Forças Armadas, bem como promoveu um pedido de desculpas públicas à nação em virtude dos ocorridos e, ainda, criou um memorial em nome das vítimas da guerrilha, todas medidas estruturantes determinadas pela Corte em sua decisão.

Por todo o exposto, pode-se concluir que o governo brasileiro, com a aprovação da Lei 9.140/95 e com as medidas estruturantes que vem tomando, está tentando, de forma ainda tímida, cumprir a decisão da Corte, restando, o maior desafio, à compatibilização do ordenamento interno (Lei de Anistia) à norma convencional e à jurisprudência firmada pela CIDH.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. In: *Revista Internacional de Derechos Humanos*. v. 6. n. 11., 2009.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. In: *Revista Chilena de Derecho*. v. 39. n. 1., 2012a.

_____. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. v. 45. n. 135. Ciudad de Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012b.

_____. *Lincamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2006c.

BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. n. 18, 2011.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

BRASIL. 2008. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113927&ordenacao=1&id_site=4922>. Acesso em: 14 nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Repressão e Memória Política no contexto Ibero-Brasileiro*: estudos sobre Brasil, Guatemala, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/portal/ministerio-da-justica/revista-anistia-politica-lanca-edicao-comemorativa-dos-4-anos.htm>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

BRASIL. *Secretaria Especial dos Direitos Humanos*. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 87.585-8/Tocantins*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=597891&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2087585>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental em ação originária n. 153-6/RS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=382321&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20AO%20/%20153%20-%20QO-AgR>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. *Lei. 6.683, de 28 de agosto de 1979*. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 24 nov. 2011.

CARBONELL, Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Ciudad de México: UNAM, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros versus Brasil*: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2014.

FERRAND, Martín Risso. *Sentencias estructurales: Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”* In: BAZÁN, Víctor (Ed.). *Justicia Constitutio y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. In: *Estudios Constitucionales*. v. 7, n. 2, 2009.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. *Tópicos de convencionalidade: Las nuevas repuestas del derecho - derecho procesal convencional de derechos humanos - big bang de los derechos humanos*. Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia, 2015, epub.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle jurisdiccional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a.

_____. *Tratados de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010b.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/bus_temas_result.cfm?buscarPorPalabras=Buscar&pv%5FPalabras=caso%20Júlia%20gomez%20lund%20e%20brasil&pv%5FTemas=CASOS%2CMEDIDAS&pv%5FTipoDeArchivo=-doc>. Acesso em: 24 nov. 2011.

RIVAS, Juana María Ibáñez. *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Anuario de Derechos Humanos*, 2012

ROJAS, Claudio Nash. *Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”*. In: BA-

ZÁN, Víctor (Ed.). Justicia Constitutio y Derechos Fundamentales: la protección de los derechos sociales – las sentencias estructurales. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. In: *Estudios Constitucionales*. v. 8. n. 1, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista Ajuris*, v. 33, n. 102, p. 177-208, jun. 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. 1. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

O PRINCÍPIO REPUBLICANO E A POLÍTICA INDUTORA DO DESENVOLVIMENTO E DA INCLUSÃO SOCIAL POR MEIO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE

Patrícia Tavares Ferreira Kaufmann¹

Ianaíê Simonelli da Silva²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

¹ Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado UNISC. Advogada Tributarista e Consultora Tributária para América Latina na Dell Computadores do Brasil Ltda., graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Pós Graduada em *Grandes Transformações dos Processos*, pela UNISUL, participante do Grupo de Estudos em Direito Industrial e Propriedade Intelectual - Marco regulatório para a proteção jurídica da inovação biotecnológica: o necessário equilíbrio entre a garantia dos direitos imateriais dos inventores/descobridores e o direito ao acesso ao produto das ‘novas tecnologias’, do PPGD – UNISC. E-mail: <paty-ferr@gmail.com>

² Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado UNISC. Advogada, graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos Estado, Administração Pública e Sociedade - Patologias Corruptivas do PPGD – UNISC. E-mail: <ianaie.simonelli@gmail.com>

O presente trabalho versa sobre o princípio republicano como garantidor ao papel de protagonista do regime democrático de governo aos cidadãos, pois a competência tributária é conferida às pessoas políticas, representantes do povo.

Se estudará, também, as competências tributárias e sua distribuição na Constituição, a qual outorga aos entes federados atribuições para instituição dos tributos nela previstos, obedecendo aos seus ditames e às leis gerais em matéria tributária.

A ordem econômica na Constituição Federal, demonstra que o sistema jurídico funciona como indutor do desenvolvimento econômico e social, onde se inserem as formas de intervenção estatal.

Nesse sentido faz-se importante a compreensão da ordem econômica, da extrafiscalidade e das políticas públicas tributárias para o debate proposto.

No que concerne à extrafiscalidade, importante verificar a sua vertente favorecedora, pela qual o Estado busca facilitar determinadas condutas, reduzindo a tributação, em prol do desenvolvimento e a inclusão social, a partir do incentivo de políticas públicas tributárias na área das novas tecnologias, voltadas para o incentivo da indústria de *softwares* e *cloud computing*³ destinadas para o desenvolvimento na área de saúde humana, gerenciamento ambiental e agricultura, ou seja, mercados de interesse da maioria das pessoas, de forma a gerar acesso a estes métodos e produtos a uma maior fatia da população.

³ Segundo Costa (2008) *cloud computing*, ou computação em nuvem (denominações que serão utilizadas como sinônimos ao longo deste artigo) é o modelo pelo qual o acesso aos recursos computacionais contratados pelo usuário ocorre remotamente, via internet, mediante o pagamento de taxa periódica com base no uso ou gratuitamente –, uma realidade que faz parte do cotidiano de todos os usuários da internet, embora a maioria das pessoas não se dê conta disso no seu cotidiano.

1 PRINCÍPIO REPUBLICANO E TRIBUTAÇÃO

A Constituição da República Federativa de 1988 (CF/88) estrutura-se em um Estado Democrático de Direito republicano e federativo, de forma que “[...] o Republicanismo como teoria da forma de governo, e seus desdobramentos teóricos, apresenta-se como um processo de remodelagem do Estado Democrático de Direito em construção” (RODRIGUES; FILHO, 2010, p. 28).

O princípio republicano está contido no art. 1º da Constituição Federal, quando prevê que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (CF, 1988). As verdadeiras dimensões deste acento devem ser buscadas, não na História dos Povos, mas em nossa própria Carta Magna. É ela que traça o perfil e as peculiaridades da República Brasileira.

Intimamente ligado ao princípio da federação está o princípio republicano, de forma que são os princípios de maior importância na organização jurídico-política brasileira. Por esses princípios, como se disse, são perpassados todos os demais princípios e regras, constitucionais ou infraconstitucionais. O regime republicano é caracterizado modernamente pela divisão do exercício dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Além disso, lembra Rodrigues e Filho (2010) que a periodicidade dos mandatos políticos e suas consequentes responsabilidades mandatárias, também, dele são derivadas.

Segundo Carraza, numa República, o Estado longe de ser o senhor dos cidadãos, é o protetor supremo de seus interesses materiais e morais. “Sua existência não representa um risco para as

pessoas, mas um verdadeiro penhor de suas liberdades” (CARRAZA, 2000, p. 66).

Em que pese o princípio republicano não tipificar uma ‘cláusula pétrea’ expressa, continua a ser um dos mais importantes de nosso direito positivo e “[...] eventual proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma republicana de governo poderá ser objeto de deliberação e de aprovação [...]”, segundo Carraza (2000, p. 90).

Como quer que seja, o desrespeito ao princípio republicano pode acarretar a declaração de inconstitucionalidade de todo e qualquer ato emanado do Poder Público (lei, decreto, portaria, ato administrativo etc.) que, de modo efetivo ou potencial, venha a lesá-lo. Ademais, a vulneração deste princípio pode ensejar a decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII, “a”, da CF), a propositura, pelo Procurador-Geral da República, de ação interventiva, perante o STF (art. 36, III, da CF) e a caracterização de crime de responsabilidade, caso seja tentada, pelo chefe do Executivo, a mudança, por meio violento, desta forma de governo (art. 85, IV, da CF) (CARRAZA, 2000, p. 93).

E é através do princípio republicano que se busca a garantia de adoção e execução de políticas públicas diminuidoras das desigualdades sociais, isto é, busca de igualdade substancial (RODRIGUES; FILHO, 2010, p. 30).

A respeito de vantagens tributárias fundadas em privilégios estatais concedidos, há que se referir que diante do princípio republicano, é proibida a concessão de vantagens tributárias fundadas em privilégios de pessoas ou categorias de pessoas, pois há que se respeitar o princípio da igualdade, onde todos são iguais perante a lei.

Dessa forma, “[...] os tributos, no Brasil, devem ser instituídos e arrecadados sem se ferir a harmonia entre os direitos do Estado e os direitos de cada um do povo” (CARRAZA, 2000, p.84). O princípio republicano leva a observar o princípio da destinação pública do dinheiro obtido mediante a tributação.

Assim, é fácil se concluir que o princípio republicano leva ao princípio da generalidade da tributação, pelo qual a carga tributária, longe de ser imposta sem qualquer critério, alcança a todos de forma isonômica e justa. Por outro lado, o sacrifício econômico que o contribuinte deve suportar precisa ser igual para todos os que se acham na mesma situação jurídica, ou seja, precisa atender à igualdade material e não a meramente formal.

O mesmo entendimento acima vale para as isenções tributárias: é vedado às pessoas políticas concedê-las levando em conta, arbitrariamente, a profissão, sexo, o credo religioso, as convicções políticas etc. dos contribuintes. Segundo Carraza, “São os princípios republicanos e da igualdade que, conjugados, proscvem tais práticas” (2000, p.88).

Não obstante isto, para ser alcançada a justiça tributária é necessário a observância aos direitos fundamentais do contribuinte, como o de ver respeitado o princípio da proporcionalidade, que bane qualquer tributação ditada pela irrazoabilidade ou pelo mero capricho dos operadores jurídicos (CARRAZA, 2000).

O princípio republicano alcança a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, ou seja, todas as pessoas políticas existentes no Estado Brasileiro. Logo, as pessoas políticas, obrigadas que são a adotar o princípio republicano, precisam, ao exercitarem suas competências tributárias devem ter como norte a consecução do ‘interesse público primário’ (CARRAZA, 2000, p. 90).

Dessa forma “[...] a República reconhece a todas as pessoas o direito de só serem tributadas em função do superior interesse do Estado. Os tributos só podem ser criados e exigidos por razões públicas. Em consequência, o dinheiro obtido com a tributação deve ter destinação pública” (CARRAZA, 2000, p. 95).

Nesse sentido, o princípio republicano garante que a competência tributária é conferida às pessoas políticas, em última análise, pelo povo, que é o detentor por excelência de todas as competências e de todas as formas de poder.

Como salientando por Carraza:

A finalidade, da República é garantir a liberdade, e ela pode ser melhor protegida pelo autogoverno dos cidadãos, *self-government*, possibilitando ao Estado realizar o bem-comum da população. Somente quando todos participarem das decisões políticas é que se pode assegurar o livre-arbítrio e a autodeterminação. Uma sociedade em que o povo não participa das escolhas efetuadas pelos órgãos estatais não pode garantir os direitos de seus membros e, portanto, é uma sociedade onde imperam a dominação, o arbítrio e o medo. (CARRAZA, 2000, p. 75)

Há teorias recentes que defendem que, quando é democratizado o acesso do povo aos cargos públicos e ele colabora na determinação das medidas governamentais, no centro do processo democrático, forma-se um ciclo positivo de expansão do nível educacional, de forma que a coletividade passa a se sentir responsável pelos atos políticos tomados. O processo educativo ultrapassa os limites da cidadania, solidificando a própria cultura social. O autogoverno dos cidadãos, que enseja a participação da população na determinação das atividades estatais, desempenha ainda uma função educativa na visão de Carraza (2000, p. 78).

A participação ativa dos cidadãos na organização política se mostra, acima de tudo, como antídoto contra a despolitização da vida social, fazendo com que as escolhas efetivadas sejam tomadas no espaço público, retornando os cidadãos ao papel de protagonista do regime democrático de governo.

2 AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO AO PROCESSO ECONÔMICO

Eros Grau (2010) aborda com propriedade as questões que versam sobre a ordem econômica na Constituição Federal, demonstrando que o sistema jurídico funciona como indutor do desenvolvimento econômico e social, onde se inserem as formas de intervenção estatal. Nesse sentido se verifica que:

A contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma 'ordem econômica', ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que deixa meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (no que, de resto, opera-se o esforço da função de legitimação do poder). (GRAU, 2010, p. 13)

Importante mencionar que, enquanto o direito tributário se ocupa do estudo dos tributos, da disciplina jurídica tributária e das limitações constitucionais ao poder de tributar; o direito econômico preocupa-se com a análise das políticas públicas e não da tributação. E é pela extrafiscalidade que o Estado demonstra sua capacidade de exercer políticas tributárias com efeitos de política

econômica geral, o que evidencia a interdisciplinaridade das duas disciplinas. Como se demonstrará ao longo deste estudo, é pela indução que o Estado intervém no domínio econômico, em um ou outro sentido, estimulando ou desestimulando certas atividades, através de uma política pública tributária econômica (AGUILLAR, 2006).

Segundo Grau, há três modalidades de intervenção estatal, denominando-as de intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução. Aduz que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção, traduzida no atuar além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (atuação na área de outrem). Faz distinção entre intervenção e atuação estatal, ao referir que a primeira indica atuação estatal em área de titularidade do setor privado, enquanto atuação tem por significado do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo (GRAU, 2010, p. 91).

Adentrando na questão do vocábulo do instituto da intervenção, frisa Grau (2010, p. 146-148) que, para referir atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito (domínio econômico), pode-se utilizar a classificação de três modalidades de intervenção: por absorção, por direção, e por indução. No primeiro, o Estado intervém no domínio econômico, no campo da atividade econômica em sentido estrito, desenvolvendo ação como agente econômico. Na modalidade de absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, agindo em regi-

me de monopólio. Na modalidade de participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando no regime de competição com empresas privadas que exercitam suas atividades no mesmo setor.

No segundo e terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito, desenvolvendo ação como regulador dessa atividade.

Por fim, adentra a discussão acerca do Direito Econômico, salientando que pensar o mesmo “[...] é pensar o Direito como um nível do todo social como mediação específica e necessária das relações econômicas. Pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica, no sentido de que conforma a interpretação de todo o Direito” (GRAU, 2010, p. 150).

Direito Econômico é o ramo do Direito, segundo Peluso Albino de Souza, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as, pelo princípio da economicidade (Souza, In GRAU, 2010, p. 152).

Resta dizer que a ação do Estado sobre o domínio econômico não poderá deixar de observar os fundamentos do art. 170 da CF, e deverá pautar-se nos princípios e objetivos fixados no texto constitucional. Embora referidos princípios e objetivos sejam dotados de elevado grau de abstração e generalidade, o que dificulta o controle finalístico da medida interventiva, constituem pilares basilares a subsidiar o intérprete.

Nesse sentido, a desoneração fiscal se desvenda um instrumento de intervenção indutora do Estado, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico, respeitadas as molduras traçadas pela Constituição.

3 INCENTIVOS FISCAIS E PACTO FEDERATIVO

Ademais, no que concerne à concessão de incentivos fiscais, a despeito de se tratar de prática fundamental na busca da ordem econômica normativa, não pode ocorrer à margem dos limites impostos pelo próprio federalismo adotado pelo Estado brasileiro.

Tem sido comum, na prática brasileira, a concessão de incentivos fiscais em nítida violação ao pacto federativo, configurando a chamada guerra fiscal brasileira. Muitas das unidades federativas, para atraírem investimentos para os seus territórios, acabam pon-do em risco a unidade do Estado brasileiro. Estados e Municípios, não obstante tenham a denominada competência para legislar sobre seus tributos, detendo também o atributo da autonomia, porém não podem se sobrepor aos interesses nacionais, instituindo políticas contrárias à harmonia do Estado brasileiro. Portanto, a outorga de incentivos fiscais deve observar rigorosamente os critérios estabelecidos na ordem jurídica como forma de proteger-se a Federação.

No caso dos Estados e do Distrito Federal, a concessão de incentivos fiscais não se pode dar unilateralmente. Devem, para não desprezarem o sistema constitucional, ser previamente aprova-dos em deliberações no Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, que é composto por representantes dos Estados,

do Distrito Federal e um membro da União Federal (CONFAZ, 2014).

Em muitos processos judiciais, o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro, tem sido no sentido de declarar inconstitucional qualquer lei estadual ou distrital que conceda incentivos fiscais sem a devida deliberação e aprovação no CONFAZ, afastando-se as práticas inseridas no conceito de guerra fiscal.

Ainda sobre o assunto, é de se destacar a grande relevância das Resoluções do Senado Federal e das Leis Complementares, conforme prescreve o texto constitucional em seus arts. 155, IV e V, e 146, com a finalidade de se manter a unidade nacional, evitando-se a adoção de múltiplas políticas fiscais contraditórias e que apenas prejudiquem a busca da ordem econômica normativa.

No plano dos Estados e Municípios, cada um desses entes federados podem deliberar a respeito de suas competências tributárias, inclusive prevendo benefícios fiscais, dentro dos limites constitucionais estabelecidos e devidamente observados para evitar a guerra fiscal.

Acrescente-se a isto, no âmbito das limitações das normas tributárias que instituem incentivos fiscais com finalidades reguladoras e nítido mecanismo de controle da unidade nacional, tem-se a Lei Complementar n°. 101, de 4 de maio de 2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, que determina limitações na concessão ou ampliação de incentivos fiscais.

Ademias, interessante verificar a existência de interesse público nas concessões de incentivos a empresas de fins lucrativos como estratégia de desenvolvimento econômico. Nesse viés, há questionamentos a respeito dos incentivos concedidos pelo poder público às empresas privadas conseguirem atingir, efetivamente,

sua principal finalidade que é a desenvolvimento econômico no espaço local.

Nessa linha de raciocínio, vale registrar que a concessão de benefícios deve ser feita com fundamento numa norma jurídica, ou seja na Constituição ou na lei *lato sensu*, apresentando, assim, dirigismo estatal e intervenção do Estado na economia. Pois, o Estado utiliza sua força para determinar os rumos que a economia privada deve tomar (TRAMONTIN, 2002).

Para melhor esclarecimento acerca da definição de incentivos, “[...] os incentivos fiscais são, antes de tudo, técnicas utilizadas pelo Estado para a realização de determinados objetivos. O sistema de incentivos corresponde a um processo pelo qual o Estado propulsiona ou desestimula determinadas atividades econômicas” (TRAMONTIN, 2002, p. 110).

Ainda, de acordo com Tramontin (2002, p. 110), ao comentar o art. 151 da CF “[...] incentivo fiscal é a medida imposta pelo Poder Executivo, com base constitucional, que exclui total ou parcial o crédito tributário de que é detentor o poder central em prol do desenvolvimento de região ou de setor de atividade do contribuinte”.

Em conceder incentivos fiscais o Estado quebra a uniformidade do imposto e exonera o contribuinte de recolhê-lo, objetivando a expansão econômica de certa região ou de certa atividade econômica desenvolvida pelo particular.

É através dos incentivos que o poder público procura alcançar três grandes objetivos: a) estabelecer um modelo de desenvolvimento nacional visando ao fortalecimento da economia, o que significa em desenvolvimento, pois formam um sistema de princípios sem cogitar isoladamente de regiões ou atividades econômicas;

b) estabelecer um modelo de desenvolvimento regional com os propósitos de integração nacional e recuperação econômica regional. Este segundo visa à integração econômica e a unificação de padrões socioeconômicos em diferentes espaços territoriais. Trata-se de normas com o propósito de disciplinar as desigualdades regionais, sendo que não devem visar apenas o desenvolvimento em si, mas buscar o equilíbrio das diferentes regiões; c) estabelecer uma política de desenvolvimento setorial, em face de algumas peculiaridades que justificam o tratamento especial para alguns setores básicos da economia. Este se refere a setores específicos de atividades econômicas. Cuida-se de normas que criam programas de desenvolvimento restrito a algumas áreas da economia, como a agricultura, pesca, turismo, indústria etc. (TRAMONTIN, 2002, p. 111)

Segundo o autor (p.112) é preciso ter cuidado sobre a forma de concessões para que tais incentivos não prejudiquem outros setores não incentivados. Afirmando que sempre deverá haver a indicação dos beneficiários, a finalidade da concessão, as condições para fruição, o prazo da vigência e o montante dos benefícios concedidos; sendo indispensável a fiscalização do Poder Público para aferir a recuperação econômica regional ou setorial, bem como o fortalecimento da economia nacional.

O Estado deve ter cuidado na concessão de incentivos fiscais com relação à observância de previsão legal no texto constitucional/lei em suas concessões, bem como a forma de concessão não deve conter vício que macule o ato administrativo.

Segundo Tramontin (2002), os incentivos admitidos pela CF devem observância, em especial, aos princípios constitucionais do art.1º, I - dignidade da pessoa humana e IV - os valores sociais

do trabalho e da livre iniciativa, além de outros como o inciso II, do art. 1º - Cidadania, o art. 3º, II - garantir o desenvolvimento nacional, III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Sendo assim, afirma Tramontin (2002) qualquer ação governamental que resulte em desenvolvimento nacional, regional ou setorial, desde que realizada em conformidade com o ordenamento jurídico contribuirá para a promoção da dignidade humana e valores sociais do trabalho, além de contribuir para a redução das desigualdades e exclusão social.

Vale ressaltar que a permissão contém limites nos próprios comandos constitucionais. Basta verificar as expressões “incentivos regionais” no art. 43 e “entre as diferentes regiões do país” no art.151 e a proibição de “tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente” no art.150, III CF. Assim compreende-se que o administrador público somente pode conceder incentivos a empresas privadas, visando: a) desenvolvimento nacional como um todo, ou que b) se enquadrem num âmbito regional que necessite de desenvolvimento socioeconômico, ou ainda c) de um setor da atividade econômica que precise de benefícios para se desenvolver ou que esteja enfrentando certa depressão econômica (TRAMONTIN, 2002, p. 115).

As concessões devem objetivar a eliminação de desequilíbrios de desenvolvimento existente entre diferentes regiões do país ou incentivar determinados setores em que o país tem interesse particular. Sendo assim, segundo o autor (2002) a instalação de uma empresa em determinado Município ou Estado contribui para o desenvolvimento local, notadamente pela geração de tributos e empregos. Visto que, a geração de empregos e desenvolvimento

representa promoção de dignidade da pessoa humana, erradica a pobreza e a marginalização e diminui as diferenças sociais e justiça social.

Outro ponto que merece destaque é que a concessão de incentivos deve ter sempre como elemento norteador os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos previstos no art. 37 da CF, bem como a razoabilidade, economicidade, proporcionalidade, finalidade, isenção tributária e igualdade para que os atos administrativos não apresentem vícios. Além de outras previsões contidas no ordenamento infraconstitucional voltadas para políticas públicas tributárias de indução ao desenvolvimento e inclusão social.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS DE INDUÇÃO AO DESENVOLVIMENTO E INCLUSÃO SOCIAL VOLTADAS PARA A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Passa-se ao estudo das políticas públicas tributárias de indução ao desenvolvimento e inclusão social.

Para tanto, será preciso conhecer as formas de tributação existentes, a fiscal e a extrafiscal, e desta, a repressora e a favorecedora, o que será primordial para o entendimento das políticas públicas tributárias de indução ao desenvolvimento e inclusão social (LANGARO, 2011, p. 56).

A respeito da classificação de tributo, há uma certa uniformidade na classificação, de forma que se utilizará aqui o conceito trazido por Machado, para o qual o tributo pode ser: “[...] a) Fiscal, quando seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiri-

ros para o Estado. b) Extrafiscal quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros [...]” (MACHADO, 2002, p. 68).

Em resumo se verifica que a função fiscal visa à arrecadação de recursos aos cofres públicos, enquanto a função extrafiscal se materializa em verdadeira política pública de ingerência no meio econômico e social, que pode levar ao agravamento dos tributos em decorrência do fim almejado, mas que deve sempre estar de acordo com a realização dos direitos fundamentais do ser humano, com a dignidade humana.

Porém, ao mesmo tempo em que o Estado brasileiro se fundamenta sob a dignidade da pessoa humana, não se preocupa apenas com os interesses individuais e coletivos, mas também com os sociais, não obstante, neste último aspecto, ter deixado um campo mais aberto, sem definir a qual das esferas públicas compete regulá-los (LANGARO, 2011, 59).

Necessário que o Estado, enquanto garantidor de alguns direitos e promotor de tantos outros, deve se valer de políticas públicas objetivas, o que pode ser dar por meio de ações ou até de outras formas de incentivos. “O ente público necessita de receita para realizar suas ações, a qual é obtida através da tributação, também chamada de política fiscal ou arrecadatória. Esta serve para o Estado se sustentar, mantendo todo o seu aparato, que envolve os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – e também promover ações políticas, econômicas e sociais” (LANGARO, p. 60).

Não obstante isto, ao lado da política arrecadatória deve estar a política tributária, que não podem se confundir. A política tributária deve ter por finalidade a coordenação fiscal entre as finalida-

des política, jurídica e administrativa dos governos, norteados a distribuição de recursos, buscando o desenvolvimento econômico, promovendo o pleno emprego, atendendo às finalidades sociais, combatendo a inflação, garantindo o equilíbrio do balanço dos pagamentos internacionais, enfim, uma justiça fiscal (MARTINS, 2006).

Logo, é através da política de justiça fiscal que o Estado arrecada dinheiro para satisfazer os seus interesses, sem poder deixar de lado a satisfação dos interesses dos cidadãos, sejam esses interesses individuais, coletivos ou sociais.

Infelizmente, no Brasil, a política arrecadatória e a tributária, apesar de encontrarem limites a serem observados nos termos da CF, têm sido usadas com um caráter meramente impositivo de arrecadação de recursos para os cofres públicos, e a qualquer custo, sem se preocupar com os direitos do cidadão contribuinte.

Isso, de certa forma, apenas revela a falta de uma política tributária adequada, capaz de respeitar os ditames da CF e os direitos do contribuinte, que também se revelam em deveres do Estado para com eles, e assegurem um mínimo de retorno adequado e suficiente à satisfação das necessidades da população. Este aspecto, portanto, necessita de uma reforma que mire a legitimação da tributação, conforme Ichihara:

A verdadeira reforma tributária deve ser boa para o Fisco, para o contribuinte e para os consumidores, enfim, para o povo em geral e para o Brasil. É necessário em última análise não só a legalidade ou a constitucionalidade na instituição e arrecadação de tributos, mas sobretudo é preciso a legitimação da arrecadação tributária. Esta legitimação só será possível se a tributação for eficiente no sentido da realização da justiça fiscal, respeitando a isonomia e a capacidade contributiva como vetores fundamentais. Não é só isso: necessária a transparência na aplicação dos recursos arrecadados no sentido de que tanto os contribuintes e o povo

saibam que existe retorno dos recursos em forma de serviços públicos e obras. (ICHIHARA, In MARTINS, 2006, p. 171)

A fim de estimular o desenvolvimento e a inclusão social, o Estado pratica incentivos no campo tributário, como a diminuição da carga tributária (alíquota-zero e deduções) e até a isenção, que é exceção à regra jurídica de tributação através de lei (a imunidade é a exceção à regra jurídica de tributação através da CF) (RODRIGUES; FREITAS, 2009).

Políticas públicas de desenvolvimento e de inclusão social são urgentes no Brasil capitalista que possui sua função social prevista na Constituição.

Necessário frisar que políticas públicas podem ocorrer sem a guerra fiscal presente no cotidiano do país, onde há a migração de empregos e, e sua faceta oposta, o aumento do desemprego, financiado pelo Estado, uma vez que cada empresa, ao se deslocar territorialmente em busca de incentivo fiscal, melhora sua planta industrial e a automatiza, necessitando de menor mão de obra.

Nesse cenário há que se distinguir a extrafiscalidade repressora, forte na elevada carga tributária sobre alguns produtos e atividades para reprimir estas condutas, quando a intenção do Estado não é a de propriamente proibi-las. Já a extrafiscalidade favorecedora é usada como um meio de indução ao desenvolvimento econômico e social para estimular e favorecer o exercício de algumas atividades (LANGARO, 2011, p 65)

O foco do presente trabalho visa a fiscalidade na sua vertente de extrafiscalidade tributária favorecedora, cuja função é eminentemente de uma norma tributária indutora de benefícios, já que diminui a carga tributária em determinada situação.

Por fim há que se referir que com essas normas tributárias,

também entendidas como meio de condicionamento dos comportamentos, ou seja indutoras de caráter extrafiscal o Estado acaba intervindo na ordem econômica, facilitando o exercício de alguma atividade e obtendo consequências sociais, o que se buscará, também no campo das inovações tecnológicas.

E é neste cenário que se insere os produtos das inovações tecnológicas, dando um destaque neste estudo, em especial, aos *softwares* e à *cloud computing*, que têm participação ativa na revolução da informação e dinamizando, em diversos aspectos, a vida dos seres humanos e da relação destes com a natureza.

Esse conjunto variado de habilidades tecnológicas é capaz de originar uma ampla gama de produtos e a maioria das aplicações comerciais dele reflete, principalmente, em três mercados: cuidados de saúde humana, gerenciamento ambiental e agricultura, ou seja, mercados de interesse da maioria das pessoas (KREUZER; MASSEY, 2002).

O incentivo estatal através de políticas públicas na área das novas tecnologias, voltadas para o incentivo da indústria de *softwares* e *cloud computing* destinadas para o desenvolvimento de fontes novas e limpas de energia reciclável, novos métodos de detectar e tratar contaminações ambientais, desenvolver novos produtos e processos menos danosos ao ambiente, à saúde humana, e também na área da educação, podem contribuir para a inclusão social à medida que possibilitam o desenvolvimento da indústria nacional nestes setores, de forma a gerar acesso a estes métodos e produtos a uma maior fatia da população.

Tendo em vista as várias vantagens decorrentes da utilização de *softwares* e da *nuvem* para o maior e mais rápido desenvolvimento dos setores tecnológicos é importante que o Brasil invista em ações

voltadas para o incentivo econômica e social barateando o custo desses produtos e serviços, de forma a garantir que uma maior fatia da população brasileira também tenha acesso aos produtos das inovações tecnológicas.

Assim, políticas públicas tributárias de incentivo às novas tecnologias em conjunto com o governo, a indústria e a universidade é fundamental para a inovação tecnológica de um país. Para países em desenvolvimento, por exemplo, investir nessa estrutura de três esferas faz com que eles passem a ter condições de empregar tecnologias inovadoras ao invés de depender da absorção de inovação gerada em países industrializados (PORTO, 2000).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como principal escopo o estudo do princípio republicano como garantidor ao papel de protagonista do regime democrático de governo aos cidadãos, pois em decorrência dele a competência tributária é conferida às pessoas políticas, o que significa dizer, em última análise, ao povo, que é o detentor por excelência de todas as competências e de todas as formas de poder.

Verificou-se que as competências tributárias estão devidamente distribuídas na Constituição, a qual outorga aos entes federados atribuições para instituição dos tributos nela previstos, obedecendo aos seus ditames e às leis gerais em matéria tributária.

A ordem econômica na Constituição Federal, demonstra que o sistema jurídico funciona como indutor do desenvolvimento econômico e social, onde se inserem as formas de intervenção estatal. Porém, a solução do problema também ensejou a análise das

políticas tributárias do Estado brasileiro, e conseqüentemente das formas de tributação, a fiscal e a extrafiscal.

A compreensão da ordem econômica, extrafiscalidade e políticas públicas se mostraram essenciais para o debate proposto.

No que concerne à extrafiscalidade, verificou-se que a sua vertente favorecedora, pela qual o Estado busca facilitar determinadas condutas, reduzindo a tributação, resulta, na maior parte das vezes, em promover o desenvolvimento e a inclusão social, a partir do incentivo ao exercício de algumas atividades em especial na área econômica.

Em relação às políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social, verificou-se que são um instrumento do Estado na busca do bem comum, por isso, o Estado precisa planejá-las, valendo-se, inclusive, para a sua implementação, da participação da sociedade civil, a qual é convidada a se engajar, através de incentivos, sobretudo na área econômica, pela tributação extrafiscal favorecedora.

O incentivo estatal através de políticas públicas tributárias na área das novas tecnologias, voltadas para o incentivo da indústria de *softwares* e *cloud computing* destinadas para o desenvolvimento na área de saúde humana, gerenciamento ambiental e agricultura, ou seja, mercados de interesse da maioria das pessoas, podem contribuir para a inclusão social à medida que possibilitam o desenvolvimento da indústria nacional nestes setores, de forma a gerar acesso a estes métodos e produtos a uma maior fatia da população.

Uma crítica que se faz ao sistema de políticas públicas no país é que desde o Império a Coroa Portuguesa utilizava o método de aumento de impostos para suprir as suas necessidades. Atualmente, vê-se o governo federal a aumentar e criar impostos para cobrir o rombo da corrupção, enquanto a população sequer tem

atendidos os serviços básicos, menos ainda aqueles que envolvem tecnologias.

Nesse sentido, políticas públicas de desenvolvimento e de inclusão social são urgentes no Brasil capitalista que possui sua função social prevista na Constituição, de forma a evitar, também, a guerra fiscal entre os entes federados.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Republicanismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CONFAZ. Composição. Disponível em <<http://www.sefa.pa.gov.br/site/institucional/eventos/confaz/composicao.htm>>. Acesso em 20 jun 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em 20 jun 2014.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

KREUZER, H.; MASSEY, A. Engenharia genética e biotecnologia. Porto Alegre: Artmed, 2002.

LANGARO, Maurício Nedeff. *A lei do Simples Nacional como política indutora do desenvolvimento e inclusão social no Estado Federal Brasileiro: uma leitura a partir do princípio da proporcionalidade*. 2011. 163 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Granda da Silva. Princípio da eficiência em matéria tributária.

In: MARTINS, Ives Granda da Silva (coord.). Princípio da eficiência em matéria tributária. Conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PORTO, G. S. A decisão empresarial de desenvolvimento por meio da cooperação empresa-universidade. 2000. Tese (Doutorado em Administração)—Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, 2000.

RODRIGUES, Hugo Thami; FILHO, Eloi Cesar Daneli. *República e tributação na constituição federal de 1988*. In: Rodrigues, Hugo Thami; Pilau Sobrinho, Liton Lanes. (Org.). *Constituição e política na atualidade*. 1ed. Porto Alegre: , 2010, v. 1, p. 27-48.

_____; FREITAS, Daniel Dottes de. Cooperativismo interinstitucional público: uma proposta de gestão pública tributária para superação da guerra fiscal em busca do desenvolvimento. In: LEAL, Rogério Gesta e REIS, Jorge Renato (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, tomo 9.

TRAMONTIN, Odair. Incentivos públicos a empresas privadas & guerra fiscal. Curitiba: Juruá, 2002.

CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

*Juliana Paganini*¹

*Patrícia dos Santos Bonfante*²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxeram uma série de direitos fundamentais destinados a meninas e meninos como modo de garantir uma infância e adolescência saudável, plena e efetiva.

Dentre estes direitos fundamentais encontra-se o acesso à educação e à inclusão de crianças e adolescentes com deficiência nas escolas. Ocorre que mesmo com diversas normativas inseridas

¹ Mestre em Desenvolvimento Socioeconômico pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política em Direito (NUPED/UNESC). E-mail: julianaapaganini@hotmail.com.

² Mestranda em Desenvolvimento Socioeconômico pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), integrante do Núcleo de Pesquisas em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). E-mail: bspatricia@hotmail.com.

no ordenamento jurídico brasileiro que buscam garantir a consolidação dos direitos de meninas e meninos, ainda existe muita violação e desrespeito, razão pela qual esta contradição se torna objeto do presente trabalho.

Portanto, o artigo está dividido em três partes.

A primeira estuda a construção teórica do conceito de criança e adolescente no Brasil e em âmbito internacional a partir das duas Convenções (138 e 182) destacando algumas normativas, bem como autores que trabalham com tal temática.

Em seguida, aborda os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, tendo como norte tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, destacando as peculiaridades de cada direito bem como as constantes violações no contexto social.

Por fim, discute o Direito Fundamental à Educação da Criança e do Adolescente com deficiência, apontando os desafios que serão percorridos para que se consiga garantir e proporcionar um sistema educacional inclusivo.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1. A construção do conceito de criança e adolescente

Conforme artigo 2º da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990).

Logo, é nessa etapa que as crianças realizam suas fantasias,

brincadeiras, aprendizados e os adolescentes suas descobertas e suas potencialidades ambos desfrutando de seus direitos pela condição de cidadão.

Para Veronese (1999, p.131), cidadão é, por definição,

todo aquele que tem seus direitos fundamentais protegidos e aplicados, ou seja, aquele que tem condições de atender a todas as suas necessidades básicas, sem as quais seria impossível viver, desenvolver-se e atualizar suas potencialidades enquanto ser humano, isto posto, pode-se dizer que cidadão é quem tem plenas condições de manter a sua própria dignidade.

Por esse motivo tanto a criança quanto o adolescente devem ser respeitados e, ainda considerados sujeitos de direitos, detentores de sua própria história, jamais sendo inferiorizados perante os adultos e conseqüentemente menosprezados por sua condição.

Por conseguinte, a Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente considera criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo, (Art. 1º) (ONU, 2016), ou seja, tal documento não utiliza o termo adolescente, mas tão somente criança com até 18 anos de idade incompletos e adulto aquele que tiver idade superior a esta.

Com base no acima referendado, que se rompe com o modelo menorista, onde a criança e o adolescente eram considerados meros objetos, sendo utilizados enquanto durassem suas curtas vidas.

Ramos (1999, p.20) explica que

na Idade Média, entre os portugueses e outros povos da Europa, a mortalidade infantil era assustadora, verificando-se que a expectativa de vida das crianças rondava os 14 anos, fazendo com que estas fossem consideradas na época como animais, cuja força de trabalho deveria ser aproveitada.

Dessa maneira, a partir do momento que se estabelece quem se pode considerar criança e adolescente, há a presença de uma avalanche de direitos. Pois além de meninas e meninos já possuírem àqueles destinados aos adultos, abre-se um leque de direitos a eles reservados devido sua condição de pessoa em fase de desenvolvimento.

A importância de se estabelecer a idade para a criança e para o adolescente encontra-se diretamente vinculada à violação de direitos ocorrida desde as invasões portuguesas até a contemporaneidade, onde o adulto por se considerar superior **à criança e ao adolescente**, acaba por vezes transgredindo direitos, usurpando a fase de desenvolvimento de meninas e meninos.

Uma das práticas mais comuns que exterioriza tais violações diz respeito ao trabalho infantil, em que não há a observância nenhuma das normas que definem a idade para seu ingresso, e conseqüentemente muitas crianças e adolescentes acabam sendo desrespeitados.

Então

não podemos mais achar que essa é uma situação “normal”. Meninos e meninas submetidos a qualquer trabalho estão sendo privados de um direito fundamental: o direito de ser criança. O direito de correr, pular, brincar de boneca, soltar pipa, jogar futebol, nadar. O direito de viver experiências lúdicas, tão importantes no processo do desenvolvimento físico, mental, social e emocional (GOMES, 2005, p.92).

Apesar de o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente definir o que vem a ser criança e adolescente, muitas práticas cruéis continuam sendo realizadas, como foi exemplificado acima, porém a legislação por si só não é capaz de concretizar direitos. Devido a isso, que se faz necessário a participação de toda a sociedade na luta e fiscalização dos direitos de meninas e meninos para que se possam evitar tais violações.

Demo (2001, p.02) sintetiza que é preciso entender que “participação que dá certo, traz problemas. Pois este é seu sentido. Não se ocupa espaço de poder, sem tirá-lo de alguém. O que acarreta riscos, próprios do negócio”.

Ora, é muito cômodo que a sociedade se cale perante as agressões de direitos inclusive constitucionais, do que sua presença ativa na vida política do Estado, pois participando, as pessoas acabarão descobrindo que elas mesmas acabam violando os direitos das crianças e dos adolescentes.

Assim, após definir-se o que vem a ser criança e adolescente, passa-se a análise de seus direitos fundamentais, ou seja, daqueles direitos inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil.

1.2 Os direitos fundamentais da criança e do adolescente: o direito à educação

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe uma série de direitos fundamentais a crianças e adolescentes até então não instituídos, tratando em seu artigo 227 que

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e 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 (BRASIL, 2016).

Desse modo, por tratar-se de direitos fundamentais e estarem contidos na Constituição da República Federativa do Brasil, não podem ser suprimidos do ordenamento.

Ora, num Estado Democrático de Direito, onde prevalece a democracia,

é precisamente a anexação de uma cláusula pétrea a um dado direito subjetivo o que melhor certifica a sua fundamentalidade, porque assim, ao declará-lo intocável e pondo-o a salvo inclusive de ocasionais maiorias parlamentares, que o poder constituinte originário o reconhece como um bem sem o qual não é possível viver em hipótese alguma (MARTINS NETO, 2003, p.88).

Sendo os direitos fundamentais algo presente na Constituição da República Federativa do Brasil, nada mais sensato que estes sejam protegidos de qualquer possível abalo jurídico, possibilitando o reconhecimento da condição de cidadão.

Logo, é cabível afirmar que sem os direitos fundamentais, ou na eventualidade de sua supressão, “a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” (SILVA, 2008, p. 163).

É nesse sentido que o Estatuto da Criança e do Adolescente, tratou de implantar medidas protetivas, e fortalecer direitos fundamentais de crianças e adolescentes já mencionados na Constituição da República Federativa do Brasil, visando superar a

cultura menorista e concretizar os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral (CUSTÓDIO, 2009, p. 43).

Como modo de garantir o direito fundamental a saúde, a Constituição da República Federativa do Brasil reconheceu em seu artigo 7º, IV e XXII tal direito, como mecanismo de melhoria das condições sociais, atribuindo em seu artigo 30 o dever do Estado através dos municípios garantir os serviços necessários ao atendimento integral de toda população (BRASIL, 2016).

Logo, é através da participação ativa do poder público em conjunto com a própria comunidade que se atingirá com maior efetividade os serviços prestados em relação a saúde do ser humano, entretanto, se faz de extrema importância que o cidadão tenha a consciência que tal ato não trata-se de mera bondade do Estado, mas um dever que deve ser exigido por toda a sociedade.

Toda criança e adolescente conforme artigo 15 do mesmo Estatuto possui direito a liberdade, respeito e dignidade, onde o artigo 16 trata de estabelecer quais aspectos que compreendem tal liberdade, a fim de assegurar sua inviolabilidade (BRASIL, 1990).

O direito ao respeito consiste na garantia da integridade física, psicológica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, identidade, autonomia, valores, ideias, crenças, espaços e objetos pessoais (Artigo 17) (BRASIL, 1990).

Ora, sendo a criança e o adolescente sujeitos de sua própria história em processo de desenvolvimento, é de uma importância sem tamanho a efetiva aplicação de tais direitos como modo de fortalecer sua condição de cidadão na sociedade.

A dignidade humana possui força constitucional, pois trata-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil onde atualmente

não mais se concebe o Estado de Direito como uma construção formal: é preciso que o Estado respeite a dignidade humana e os direitos fundamentais para que se possa ser considerado um Estado de Direito material. O Estado de Direito legitima-se pela subordinação à lei e, ao mesmo tempo, a determinados valores fundamentais, consubstanciados na dignidade humana (COSTA, 2008, p.37).

A convivência familiar e comunitária é de um direito reservado a toda criança e adolescente de ser criado e educado no seio de sua família original, e excepcionalmente se necessário, em família substituta, conforme artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa ideia segundo Custódio (2009, p. 90) rompe com antigos paradigmas existentes onde eram legitimadas práticas repressivas, nas quais as crianças eram retiradas de suas famílias e colocadas à disposição de instituições oficiais com características assistenciais e de caridade.

Logo, ocorrendo violações de direitos da criança e adolescente mencionadas na lei 8069/90, esta deve ser afastada de sua família, porém existem outros fatores que dificultam a permanência de meninos e meninas em casa, tais como

A inexistência das políticas públicas, a falta de suporte à família no cuidado junto aos filhos, as dificuldades de gerara renda e de inserção no mercado de trabalho, a insuficiência de creches, escolas públicas de qualidade em horário integral, com que os pais possam contar enquanto trabalham (RIZZINI, 2007, p. 23).

Caso haja algum abalo na família, seja financeiro, seja psicológico, esta não pode mais ser rotulada de desestruturada e o próprio Estatuto garante que as crianças não devem por esse motivo ser colocadas em instituições ou famílias substitutas, já que cabe ao

poder público garantir reais subsídios para que possam se manter.
Sendo assim

[...] quando uma família não tiver condições de garantir os recursos materiais necessários e suficientes para a proteção de seus filhos, não serão estes duplamente penalizados com a retirada de sua família, pois aqui surge a responsabilidade subsidiária do poder público em garantir os recursos necessários para que crianças e adolescentes possam viver junto às suas famílias em condições dignas (CUSTÓDIO, 2009, p.51).

O artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar.

A profissionalização e a proteção ao trabalho precoce, ou seja, abaixo do limite de idade mínima permitido é direito da criança e do adolescente e dever do Estado.

Desse modo, caracteriza-se trabalho infantil todo labor realizado por criança ou adolescente com idades inferiores aos determinados pela legislação (VERONESE; CUSTÓDIO, 2007, p. 125). Assim, define-se criança trabalhadora àquela pessoa submetida à relação de trabalho com até doze anos de idade incompletos e, adolescente trabalhador aquele que envolve atividade laboral com idade entre doze e dezoito anos.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu a proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre antes dos dezoito anos e também estabeleceu o limite de idade mínima para o trabalho em dezesseis anos, ressaltando a possibilidade de aprendizagem a partir dos quatorze anos (Art. 7º, XXXIII CF/88) (BRASIL, 2016).

Da mesma forma estabelece os artigos 402 e 403 da Consoli-

dação das Leis do Trabalho, considerando menor o trabalhador de 14 até dezoito anos, sendo proibido qualquer trabalho a menores de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos (BRASIL, 2016-F).

Existem inúmeros fatores que conduzem crianças e adolescentes a ingressarem tão cedo no trabalho, dentre eles, Custódio (2009, p. 58) destaca a necessidade econômica, a reprodução cultural e a ausência de políticas públicas.

Encontra-se em vigor e foram ratificadas pelo Brasil duas convenções internacionais sobre trabalho infantil, onde a Convenção 138 estabelece que os países deverão aumentar progressivamente os limites de idade mínima para o trabalho (BRASIL, 2016-E) e a Convenção 182 que trata das piores formas de trabalho infantil recomendando ações urgentes para sua eliminação (BRASIL, 2016-D).

Toda criança e adolescente possui direito a educação, esporte, cultura e lazer, cabendo à família, sociedade e Estado garantir sua real efetivação.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 205 estabelece que a educação, objeto deste trabalho, é um direito de todos e dever do Estado e da Família junto com a Sociedade visando promover o pleno desenvolvimento da pessoa para o exercício da cidadania (BRASIL, 2016).

O artigo 208 também do texto constitucional enfatiza como dever do Estado garantir ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurando inclusive oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria (BRASIL, 2016).

Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente reco-

nhece que toda criança e adolescente tem direito a igualdade de condições para acesso e permanência na escola, o direito de ser respeitado por seus educadores, de contestar critérios avaliativos, como também de ter acesso a escola pública próxima de sua residência (Artigo 53) (BRASIL, 1990).

As crianças e adolescentes com deficiência tem direito a atendimento educacional especializado conforme artigo 54, III do Estatuto da Criança e do Adolescente preferencialmente na rede regular de ensino (BRASIL, 1990).

Logo, a educação é um direito assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como também pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação onde a própria frequência à escola deve ser fiscalizada pelo poder público, família e sociedade.

Contudo, existem programas de combate à infrequência escolar que em conjunto com as escolas, Conselho Tutelar, Ministério Público e sistema de justiça garantem a frequência plena e integral de todas as crianças e adolescentes à escola (CUSTÓDIO, 2009, p.55).

É necessário além de tudo, que o poder público garanta um ensino de qualidade, comprometido com a realidade social de crianças e adolescentes, para que haja interesse e motivação na descoberta de novos saberes, a própria Constituição da República Federativa induz a isso.

Pois

até 1988 não havia uma preocupação real em criar mecanismos que fossem eficazes na garantia do direito à educação. Durante muito tempo, a única ação do poder público foi tornar obrigatória a matrícula escolar, como se isso fosse suficiente

para garantir a educação (VERONESE; OLIVEIRA, 2008, p.85).

Por fim, resta destacar que crianças e adolescentes possuem todos esses direitos fundamentais assegurados, porém, eles por si só não serão efetivados. Logo, se faz necessário a articulação da família, sociedade e Estado para que se possa garantir a todas crianças e adolescentes uma vida digna, algo que deveria ser inerente de todo ser humano.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM DEFICIÊNCIA E AS RESPONSABILIDADES PELAS CONDIÇÕES DE ACESSIBILIDADE NAS ESCOLAS.

Foi por intermédio da educação que o Brasil começou a lidar com a pessoa com deficiência enquanto tal. Um pouco mais tarde do que em países europeus, o atendimento às pessoas com deficiência começa à época do Império, com a fundação de duas instituições: o Imperial Instituto dos Meninos Cegos (atual Instituto Benjamin Constant), em 1854; e o Instituto dos Surdos-Mudos (atual Instituto Nacional da Educação dos Surdos – INES), em 1856.

O atendimento, no entanto, se dava mais aliado ao caráter da beneficência, absolutamente distante da concepção da pessoa com deficiência enquanto cidadã de direitos e responsável pelos próprios destinos. Tal concepção, de fato, só veio a ser alterada mais recentemente, marcadamente após a segunda grande guerra. A criação de organizações voltadas ao atendimento da pessoa com deficiência, com vistas à promoção de sua autonomia, con-

tribuiu em muito para o despertar de uma nova matriz interpretativa acerca da deficiência (Carvalho-Freitas, 2007). Nesta esteira a Organização das Nações Unidas aprova, em 1975, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09/12/75), declarando, ainda, a década de 1980 como a “década da pessoa deficiente”, quando foi lançado, no ano de 1982, o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes.

No âmbito do direito interno, percebe-se com clareza os reflexos do tratamento da questão da educação da pessoa com deficiência na esfera internacional. A primeira menção à pessoa com deficiência relacionada à educação, nos textos constitucionais, se deu em 1967:

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos.

§ 4º. *Lei especial sobre a assistência à maternidade, infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.*

Ainda no ano de 1967, a Emenda Constitucional nº 012 estabeleceu a garantia da educação especial e gratuita, assim como a proibição da discriminação. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, então, apresenta em seu bojo os resultados tanto dos reflexos dos documentos internacionais quando da própria mobilização interna do movimento político das pessoas com deficiência e entidades recém-criadas, como os Centros de Vida Independente. (JÚNIOR, 2010). Na área da educação, consta do texto a garantia de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, mas a garantia do atendimento educacional

especializado na rede regular ainda não se impunha de maneira obrigatória:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (BRASIL, 2016-B).

A legislação infraconstitucional, à época, seguiu a ideia da educação especial, ainda não inclusiva enquanto regra e obrigatoriedade; a edição da Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, impõe a matrícula compulsória de pessoas com deficiência em cursos regulares de estabelecimentos públicos ou privados de ensino, desde que “capazes de se integrarem no sistema regular de ensino” (artigo 2º, I, “f”). A capacidade, portanto, nesta concepção ainda reside exclusivamente na própria pessoa com deficiência, assim como a responsabilidade pela própria integração (BRASIL, 2016-G).

Internacionalmente, no entanto, a preocupação da inclusão da pessoa com deficiência no sistema regular de ensino já permeia os tratados e declarações. Em 1989, a Declaração dos Direitos da Criança reconhece o direito à educação em igualdade de condições (artigo 28, 1.); em 1990, a Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Iomtien, 1990, 5.), dispõe sobre a necessidade de medidas que garantam “a igualdade de acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educativo”. O documento internacional que

passa a nortear a questão da educação da pessoa com deficiência, no entanto, é estabelecido em 1994, com a Declaração de Salamanca Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais:

Sistemas educacionais deveriam ser designados e programas educacionais deveriam ser implementados no sentido de se levar em conta a vasta diversidade de tais características e necessidades, aqueles com necessidades educacionais especiais devem ter acesso à escola regular, que deveria acomodá-los dentro de uma Pedagogia centrada na criança, capaz de satisfazer a tais necessidades; escolas regulares que possuam tal orientação inclusiva constituem os meios mais eficazes de combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos; além disso, tais escolas proveem uma educação efetiva à maioria das crianças e aprimoram a eficiência e, em última instância, o custo da eficácia de todo o sistema educacional (UNESCO, 1994).

Também a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2016-C), a qual compõe a base dos documentos de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (Nova Iorque, 2007), mantém a defesa do sistema educacional inclusivo, com a garantia do acesso e permanência das crianças e adolescentes com deficiência no sistema geral de ensino:

Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência (UNESCO, 1994).

Muito embora o Estado Brasileiro tenha recepcionado o texto da Convenção, conferindo-lhe status constitucional, (decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009), a legislação pertinente manteve o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que diz respeito à preferência, e não obrigatoriedade, do acesso e permanência da pessoa com deficiência na rede regular de ensino, inclusive com a garantia do atendimento educacional especializado.

LEI Nº 13.005, DE 25 JUNHO DE 2014.

Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências.

Meta 4: universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezesete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados (BRASIL, 2016-H).

Neste sentido, muito embora se tenha avançado em direção às garantias do atendimento educacional especializado no âmbito do sistema geral de ensino, a permanência do termo “preferencialmente” mantém aberta a possibilidade da segregação, quicá quando não há definição clara acerca das condições de inserção ou não.

Sem dúvida, avançamos muito em relação ao texto da Lei Nº 4.024/61, pois parece que não há mais dúvidas de que a “educação dos excepcionais” pode enquadrar-se no sistema geral de educação, mas continuamos ainda atrelados à subjetividade de interpretações, quando topamos com o termo “preferencialmente” da definição citada (MANTOAN, 2016).

Recentemente, no ano de 2015, a perspectiva parece ter sido alterada. Após quinze anos de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovada a Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, intitulada Lei Brasileira da Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2016-H).

Inicialmente, cumpre salientar que o referido diploma legal altera sobremaneira a própria concepção de pessoa com deficiência, transitando do modelo médico para o denominado biopsicossocial. Neste sentido, a deficiência deixa de ser “atributo” da pessoa, exclusivamente, para definir-se na relação com o ambiente. Assim define a Lei:

Art. 2º- Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1o A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência)

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação (BRASIL, 2016-H).

Tal mudança é importante porque, ao retirar do corpo da pessoa, exclusivamente, a condição de deficiência, imputando aos fatores socioambientais, por exemplo, a fonte da desigualdade gerada, a lei possibilita sanar essa desigualdade pela alteração destes fatores e não mais, tão somente, pela reabilitação da própria pessoa. Em outras palavras, não está somente na pessoa com deficiên-

cia a capacidade ou não de se inserir, mas compete também ao ambiente criar e fornecer as condições necessárias a essa inserção.

Tal análise, incutida na questão da educação da pessoa com deficiência, passa a não mais permitir a exceção no que diz respeito à obrigatoriedade da inserção e permanência daquela na rede regular de ensino. Ora, se a deficiência está na interação entre o impedimento da própria pessoa e os fatores socioambientais, cabe transformar os fatores para permitir a plena inclusão, qualquer que seja a diferença do ser humano.

Assim dispôs a Lei 13.146:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida (BRASIL, 2016-H).

Verifica-se que a lei trata do direito à educação plena da pessoa com deficiência, em um sistema educacional inclusivo em todos os níveis de aprendizado. Não mais se faz presente a possibilidade de negação do direito à inserção no ensino regular, em quaisquer circunstâncias.

Veja que nesta perspectiva, a educação especial é uma modalidade de educação escolar oferecida na rede regular de ensino. Desta forma, cabe criar as condições para que as pessoas com deficiência, principalmente as crianças com impedimentos cognitivos, físicos e sensoriais, tenham direito igual às demais de acesso e permanência nas escolas públicas e privadas regulares e, assim, se dê concretude ao seu direito à educação e à cidadania (Araújo, 2015).

Se a letra da lei não deixa dúvidas, a realidade das instituições de ensino, no Brasil, já provoca questionamentos ao dispositivo que, afinal, definiu a adesão, pelo país, à educação inclusiva.

No âmbito da rede pública de ensino, a falta de investimentos em condições de acessibilidade e em formação dos profissionais da área gera dúvidas quanto à capacidade do próprio sistema de oferecer, de fato, a educação nos moldes estabelecidos pela lei. Entre as escolas particulares, a postura é de negação à responsabilidade de arcar com os custos de um sistema educacional inclusivo, que vá além do que é tradicionalmente oferecido aos alunos. No segundo caso, tais questionamentos se materializaram na propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por parte da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (ADI 5357). Na ação, a CONFENEN questiona tanto a obrigatoriedade da matrícula quanto a responsabilidade pela prestação dos serviços inerentes à educação inclusiva sem possibilidade de cobrança a maior.

Além disso, se é nítida a obrigatoriedade da matrícula e do oferecimento das condições de permanência da criança e do adolescente com deficiência por parte dos estabelecimentos de ensino, públicos ou privados, o mesmo direito se opõe aos pais ou responsáveis, no sentido de promoverem essa inserção.

O ambiente fático, portanto, não é favorável em absoluto e demonstra que serão necessários esforços de diversas frentes no sentido de tornar realidade o que previu a legislação mais recente: um sistema educacional inclusivo, que garanta às crianças e adolescentes com deficiência o seu pleno desenvolvimento, em igualdade de condições com os demais. Nestas frentes, o Poder Público assume papel primordial, responsável que é pela regulamentação, planejamento e promoção da política pública educacional, mas também o Judiciário será instado a assumir posição, nas diversas instâncias, como já é demonstrado, assim como caberá à própria pessoa com deficiência, aos familiares e à sociedade como um todo assumir uma postura inclusiva, de fato.

Compreende-se, nesse íterim, que o Brasil, enquanto signatário de documentos internacionais que, anteriormente à Lei Brasileira da Inclusão, já impunham a educação inclusiva como modelo e direito das crianças e adolescentes com deficiência, não deve retroagir no que diz respeito aos dispositivos do diploma legal recentemente aprovado, o qual, afinal, nada mais faz do que regulamentar a aplicação daqueles princípios, valores e diretrizes já há muito designados.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro confere a crianças e adolescentes proteção integral, sob a responsabilidade do Estado, da família e da sociedade como um todo. Esta proteção integral diz respeito ao pleno desenvolvimento destas crianças e adolescentes, para o que são necessárias as garantias do acesso àqueles direitos

fundamentais, inculpidos na própria Constituição Federal de 1988.

Se há uma ampla gama de direitos destinados à população em geral, quando se trata da criança e do adolescente, pessoas em desenvolvimento, este leque é ainda mais amplo e incisivo no que diz respeito à garantia de que este desenvolvimento seja pleno e saudável.

Quando se adentra, então, na realidade da criança e do adolescente com deficiência, a condição de vulnerabilidade cresce e com ela a necessidade de proteção por parte do Estado de Direito, motivo pelo qual o arcabouço legal que a este público se relaciona se apresenta ainda mais amplo, específico e contundente no que diz respeito à prioridade que deve ser dispensada para garantir irrestrito acesso a todos os direitos elencados, em igualdade de condições.

Neste contexto, a educação cumpre papel de elevada importância, posto que se mostra crucial ao desenvolvimento humano, assim como ao próprio reconhecimento de si enquanto cidadão de direitos. Para a criança e o adolescente com deficiência, o acesso e a permanência nas instituições de educação é o primeiro caminho para a conquista de uma vida independente e autônoma, motivo pelo qual a defesa da necessária acessibilidade nas escolas, com a implantação de um sistema educacional inclusivo, se apresenta como pauta sempre urgente e ainda bastante atual.

Recentemente foi aprovada a Lei Brasileira da Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a qual veio a garantir a implantação da educação inclusiva em todos os níveis e modalidades de educação, nos âmbitos público e privado. É sabido que um sistema educacional inclusivo exige que sejam dispensados esforços de vá-

rias frentes, especialmente dos gestores da política educacional e dos próprios profissionais que atuam na área. Não se trata apenas de garantir a acessibilidade física, o que ainda está distante da realidade das nossas escolas, mas a adoção de práticas pedagógicas inclusivas, como prevê a própria legislação.

Acima de tudo, importa que haja a aceitação de que a incapacidade para a plena inclusão não está na criança e no adolescente com deficiência, mas no meio que não admite a diferença. A certeza de que é possível colocar em prática a previsão legal e realizar a educação inclusiva no Brasil, no sistema público ou no privado, com igualdade e respeito às diversidades, é a principal ferramenta para a superação da maior barreira que se apresenta durante toda a história da humanidade, no que diz respeito à deficiência: o preconceito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto Davir; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - EPCD (LEI 13.146, DE 06.07.2015): ALGUMAS NOVIDADES.** Revista dos Tribunais | vol. 962/2015 | p. 65 - 80 | Dez / 2015 DTR\2015\17066.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 07 de abril de 2016-B.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** 2007. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao_pessoas_com_deficiencia.pdf. Acessado em 10 jun. 2016 -C.

_____. **Decreto-Lei nº 3.597, de 12 de setembro de 2000.** Dispõe sobre a Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação Disponível <http://www.institutoamp.com.br/oit182.htm>. Acesso em 02 maio 2016-D.

_____. **Decreto-Lei nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002.** Dispõe sobre a Convenção nº 138 e a Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. Disponível <http://www.institutoamp.com.br/oit138.htm> . Acesso em 02 maio 2016-E.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.** Dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 02 maio 2016-F.

_____. **Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm. Acesso em 02 de fevereiro de 2016-G.

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

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 02 de fevereiro de 2016-H.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana:** teoria de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente.** Criciúma, SC: UNESC, 2009.

DEMO, Pedro. **Participação é conquista:** noções de política social participativa. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

GOMES, Patrícia Saboya. O combate ao trabalho infantil no Brasil: conquistas e desafios. In: OLIVEIRA, Oris de (Org). **Trabalho infantil e direitos humanos.** São Paulo: LTR, 2005.

JÚNIOR, L.; MARTINS, M. C. (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. - Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. p. 443, 2010.

MANTOAN, Maria Tereza Egler. A EDUCAÇÃO ESPECIAL NO BRASIL – DA EXCLUSÃO À INCLUSÃO ESCOLAR. Disponível em: <http://www.lite.fe.unicamp.br/cursos/nt/ta1.3.htm> . Acessado em: 07/04/2015.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceitos, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em <http://www.onuportugal.pt>. Acesso em 02 maio 2016.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: PRIORE, Mary Del (Org). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999.

RIZZINI, Irene. **Acolhendo crianças e adolescentes**: experiências de promoção de direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. 2. ed. São Paulo; Brasília: Cortez; UNICEF, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. Ed., São Paulo: Malheiros: 2008.

UNESCO. Declaração de Salamanca Sobre Princípios, Política e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais. 1994. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>. Acessado em 10/02/2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

VERONESE, Josiane Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho infantil**: a negação do ser criança e adolescente no Brasil. Florianópolis: OAB editora, 2007.

_____; OLIVEIRA, Luciene de Cássia. **Educação versus Punição**. Blumenau: Nova Letra, 2008.

GRUPO DE SALA DE ESPERA E O CÂNCER DE MAMA: UMA ALTERNATIVA DE ACOLHIMENTO PSICOLÓGICO EM AMBIENTE AMBULATORIAL

Letícia Bortolotto Flores¹

Alberto Manuel Quintana²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O câncer de mama é uma questão da saúde pública de grande relevância dentro da área da Saúde da Mulher, visto que é o segundo tipo de câncer mais frequente do mundo e o primeiro entre a população feminina (BRASIL, 2003). Segundo dados apresentados pelo Ministério da Saúde, com base na Organização Mundial da Saúde (BRASIL, 2003), a neoplasia mamária está entre as principais causas de mortalidade no mundo, sendo a quinta causa de morte por câncer em geral (522.000 óbitos) e a causa mais frequente de morte por câncer em mulheres (World Health Organi-

¹ Psicóloga. Leh_flores@hotmail.com.

² Orientador. Professor do Curso de Psicologia – UFSM. albertom.quintana@gmail.com

zation, 2012). Atinge mulheres que se encontram, principalmente, entre as faixas etárias dos 40 aos 69 anos, sendo a enfermidade que mais leva as mulheres à morte, tendo elevado as suas taxas de incidência nas últimas décadas (BRASIL, 2003).

As mamas são o símbolo da feminilidade, a perda delas provoca um sentimento de terror e ameaça, acarretando uma mudança de imagem corporal que determina a percepção de corpo e deste em relação aos outros. A ideia de morte e mutilação traz consigo uma ameaça para a imagem corporal e a sua estrutura familiar que, em resumo, formam a base do universo de significações da vida do sujeito (QUINTANA, 1999).

Tendo em vista essa nova realidade, os sentidos atribuídos tanto ao passado quanto ao futuro passam a ser questionados, obrigando a paciente a atribuir novos sentidos, de forma a reconstruir seu universo simbólico de maneira em que a possibilidade de morte esteja presente (QUINTANA, 1999). Este é então o grande desafio do sujeito, poder incluir o câncer em sua vida e achar uma nova significação onde ela agora possa incluir sua doença, entrando num processo de reconhecimento da doença e da angústia que ela gera, para que se possa assim, representá-la (QUINTANA, 1999).

Sob o olhar do humano, viver sem um sentido para vida é pior do que a morte (QUINTANA, 1999). Assim, quando as pacientes não conseguem reconstruir seu universo simbólico, as fantasias e tentativas de aniquilamento se potencializam, situação que pode ser observada de forma direta por meio das falas de desvalorização da vida, por exemplo, ou de forma indireta por meio da negação da doença, gerando a não aceitação do tratamento fazendo com que a doença avance livremente e, assim, obtendo o mesmo resultado: a morte (QUINTANA, 1999).

Dessa maneira, para que exista a possibilidade de reconstrução simbólica, é preciso que se reconheça a doença e a angústia que ela gera, para, então, representá-la. Contudo, o cuidado oferecido pelo médico só é capaz de direcionar a doença enquanto presente no corpo biológico, não dando conta dos demais impactos representados no corpo psíquico da paciente (QUINTANA, 1999). É nesse momento que o trabalho do psicólogo se constitui. Diante de uma situação traumática, em que há um excesso de angústia e, em contrapartida, falta de representantes psíquicos (QUINTANA, 1999). Dessa forma, busca-se um diálogo sobre a doença, havendo a possibilidade de criar elementos que possam dar significação a esta vivência.

A implementação de um grupo de sala de espera surge com o intuito de aprimorar o trabalho de atendimento psicológico aos pacientes do ambulatório, buscando um ambiente onde pacientes e acompanhantes possam melhor aproveitar o período de espera pré-consulta. É pensado como um espaço para que se possa compartilhar vivências, pensamentos, sentimentos e percepções dessas pacientes, buscando a promoção de estratégias para que estas possam melhor lidar com as adversidades proporcionadas pela doença, movimentando possíveis impressões que possam ter sido incorporadas pela enfermidade em seu cotidiano e, podendo assim, facilitar o período de tratamento.

Visto que, até então, a estratégia utilizada para amparo psicológico ocorria através de atendimentos individuais de curta duração nos quais os casos eram encaminhados pelo atendente responsável, é importante ressaltar que, hoje, nem sempre é possível disponibilizar atendimento psicológico a todas as pacientes que necessitam, uma vez que situações como a grande demanda e a

dificuldade de permanência de alguns pacientes após a consulta, sejam fatores de dificuldade para que o devido apoio seja dispensado aos pacientes. Neste sentido, a sala de espera serve como um importante espaço de intervenção com vistas a trabalhar questões essenciais do adoecimento, como a diminuição da ansiedade e a adesão ao tratamento médico.

1 APOIO EMOCIONAL E ADOECIMENTO

Em meio à situação de crise vivenciada por essas mulheres, o apoio emocional surge com a função de estimular a expressão dos sentimentos e emoções, aumentando a autoestima e a autoconfiança da mulher (ROSSI; SANTOS, 2003).

Observa-se que, de acordo com a literatura vigente, existem muitos sentimentos relacionados ao câncer de mama que são de ordem universal, sendo comuns a diversas mulheres, independente da idade e do estado civil. Apesar disso, é evidente que para cada situação devem ser consideradas as peculiaridades, levando em conta toda a vivência acometida pela mulher e considerando o momento no qual esta se encontra.

Tendo em vista que os enfrentamentos emocionais no período ocorrido entre o momento do diagnóstico e o tratamento afetam de forma brusca a condição emocional da mulher portadora de câncer de mama, considera-se de máxima importância, dentre as relações sociais oferecidas à mulher, o sentimento de amparo, para que ela se sinta fortalecida emocionalmente e possa enfrentar tais dificuldades propiciadas em meio a um diagnóstico de câncer (ROSSI; SANTOS, 2003).

A realização de grupos com pacientes e acompanhantes em sala de espera, surge como uma nova maneira de abordarmos essa questão, na troca de experiências entre os participantes e identificação com a dificuldade do outro. Para Maldonado (1981), o grupo de sala de espera é uma diversificação de grupo aberto, grupo que tem dia e hora fixa, porém com participantes variáveis. É um grupo que inicia e acaba no mesmo dia, um grupo de só um encontro estruturado de maneira a aproveitar o tempo anterior à consulta médica. Segundo Graça e Burd (2000), sala de espera é um espaço fundamental, a qual pode ser transformada em um espaço de reflexão sobre o processo saúde-doença. O grupo propicia aos pacientes e familiares, um espaço terapêutico para que estes possam falar das dificuldades e limitações que esta enfermidade causa, desde a instalação até o seu desenvolvimento, incluindo os tratamentos e procedimentos medicamentosos pelos quais passam, além de verificar como se sentem no aqui - agora, visando também compartilhar vivências, pensamentos, sentimentos e percepções, bem como promover estratégias positivas utilizadas no manejo da doença, incorporando-as ao seu cotidiano.

1.1. Câncer de mama: Um olhar psicanalítico

O campo psicanalítico foi sendo constituído a partir de mudanças e rupturas teóricas no longo de um percurso marcado por articulações conceituais. Sofrendo com influências do seu momento histórico-político, assim como de movimentos filosóficos, com a arte e literatura, mas, ainda sim, foi a medicina que se tornou o berço da psicanálise devido a formação de Freud. Uma reflexão acerca do corpo, especificamente, foi um dos principais motivos

pelos quais estas rupturas teóricas e as criações de novos conceitos aconteceram, uma vez que este corpo, sendo basicamente objeto da medicina, também pertencia ao campo da cena histórica. Foi a partir da escuta daquilo que se deixava de falar no corpo da histórica que Freud iniciou a construção da psicanálise e iniciou seu afastamento da medicina (ZECCHIN, 2004).

A dualidade orgânico-psíquico, pensamento que há muitos séculos foi pontuada pelo filósofo René Descartes, que em seus estudos pontuava a divisão entre corpo e mente como coisas distintas sem correlação direta, ainda se mostra um assunto bastante confrontado nas vias de estudo. Tendo em vista a nossa experiência tratada a partir do trabalho realizado no setor de Mastologia do Hospital Universitário de Santa Maria, observamos que a doença não pode ser considerada como uma via de mão única que vai do orgânico ao psíquico. Percebemos que determinadas características psicológicas também acarretam forte influência no corpo orgânico. O diagnóstico de câncer de mama se constitui numa ameaça à preservação do corpo físico, porém também coloca em questão o psiquismo do sujeito, já que implica a ameaça de perda de objetos que para o sujeito fazem ligação direta com sua identidade e que são indispensáveis para manutenção da sua vida psíquica (QUINTANA, 1999). O seio, uma vez que representa o símbolo da feminilidade, faz com que sua perda pareça algo ameaçador, acarretando uma mudança de imagem corporal que determina a percepção de corpo e deste em relação aos outros (ZECCHIN, 2004).

A perda do seio por causa de um câncer é um dado de realidade que vem se impondo às mulheres em número cada vez maior (ZECCHIN, 2004). O seio é um órgão marcado por características singulares na vida da mulher adulta em relação a sua sexualidade,

sua sensualidade, na maternidade, no todo da identidade feminina. É um órgão sexual, objeto de intenso investimento erógeno, além de ser uma característica identificatória para a menina (ZECCHIN, 2004). Os aspectos mais importantes associados ao seio são tanto seu caráter sexual, quanto uma zona especialmente sensível às carícias amorosas e ao prazer da amamentação (ZECCHIN, 2004).

Dessa forma, as pacientes com câncer de mama vivenciam experiências de dor física e psicológica durante diferentes estágios da doença, porém, não é possível afirmar que todas sintam as mesmas dores, já que este é um conceito subjetivo. As experiências emocionais vividas particularmente influenciam em todo este processo da doença: desde a aceitação, até o tratamento, bem como na qualidade e intensidade da dor.

Assim como temos um corpo orgânico, fisiológico e biológico, também carregamos no corpo uma história singular. Ressalta-se a importância que deve ser dada, não apenas aos fatos em si, mas a possibilidade de abirmos um espaço de escuta para o que é desta ordem do psicológico, possibilitando algum caminho em direção à simbolização, ainda que saibamos que esta jamais ocorrerá de forma total e que sempre sobrar um resto (ZECCHIN, 2004). Escutar o corpo é escutar o desamparo ao qual as pacientes estão submetidas (VIEIRA; LOPES; SHIMO, 2007).

Portanto, o câncer de mama precisa ser pensado em toda essa amplitude. A mulher acometida por essa doença não tem apenas o seu corpo modificado, mas também a sua imagem corporal e diferentes aspectos da sua vida social e afetiva.

1.2 Atuação do psicólogo em um ambulatório hospitalar

O ambulatório de um hospital difere daquele vinculado a um centro ou posto de saúde, visto que não se destina a atenção primária, mas sim aos casos mais complexos, que necessitam de intervenções envolvendo maior tecnologia, elucidação e acompanhamento, atendendo, portando, uma população muito maior e heterogênea (ROMANO, 1999).

Unidades ambulatoriais integradas a hospitais são comuns a universidades ou hospitais-escola, situações em que se prevalece mostrar ao estudante possibilidades de ações e intervenções, contando com a grande vantagem de se poder acompanhar o ciclo do doente – diagnóstico, tratamento (com ou sem internação), recuperação e reabilitação, tendo em mãos registros e segmentos de todas as intervenções realizadas (ROMANO, 1999). Desta forma, é possível ter acompanhamento do começo, meio e fim do ciclo.

Do ponto de vista dos aspectos emocionais, a necessidade do paciente difere em cada situação e a atenção psicológica dispensada será diferente, dependendo do momento no curso da doença e do motivo pelo qual o paciente está vinculado ao ambulatório (ROMANO, 1999). Ressalta-se que, ao psicólogo que atua em ambulatório hospitalar, seja proposto acompanhamento àqueles pacientes cujo problema emocional principal guarde estreita ligação com a sua patologia orgânica, abrindo espaço para uma reflexão acerca do componente emocional coadjuvante ao orgânico (ROMANO, 1999).

Uma intervenção psicológica realizada em ambulatório hospitalar deve ser uma ferramenta que tenha sua necessidade compreendida pela equipe, e que a equipe veja a intervenção como

efetiva. A compreensão e o comprometimento se fazem necessários, pois, facilita o encaminhamento do paciente, afinal é da equipe que virá o maior número de indicações para acompanhamento psicológico, porque, apesar de ser possível a procura espontânea, o paciente de ambulatório raramente o faz (ROMANO, 1999).

2. OBJETIVOS

2.1 Objetivo Geral:

A aplicação do projeto de grupo de sala de espera tem como objetivo complementar o trabalho já desenvolvido pela psicologia no ambulatório de Mastologia, buscando oferecer um espaço alternativo de escuta para pacientes atendidas no setor. Além disso, buscou-se identificar os sentimentos vividos por mulheres com câncer de mama no processo de adoecimento e as mudanças decorrentes dessa nova realidade, assim como auxiliar na lida com a angústia gerada em meio a esse processo.

2.2 Objetivos Específicos:

- Propiciar um espaço terapêutico complementar para que se possa falar sobre a experiência e as expectativas em relação à doença e ao tratamento.

- Promover a estruturação do atendimento em grupo de sala de espera como melhor aproveitamento do tempo anterior à consulta médica.

- Buscar maior aderência dos pacientes oncomastológicos ao espaço de escuta psicoterapêutica, facilitando o acesso das pa-

cientes a um atendimento psicológico.

3. MÉTODO

3.1 Delineamento do Estudo

O estudo se trata de uma pesquisa-ação prática, de cunho qualitativo. No que se refere à metodologia da pesquisa-ação, trata-se de um tipo de investigação-ação, termo geral aplicado a qualquer processo sistêmico entre agir no campo e investigar no mesmo.

3.2 Instrumentos de Estudo

Para Maldonado (1981), o grupo de sala de espera é uma diversificação de grupo aberto, grupo que tem dia e hora fixa, porém com participantes variáveis. É um grupo que inicia e acaba no mesmo dia, um grupo de só um encontro estruturado de maneira a aproveitar o tempo anterior à consulta médica. Segundo Graça e Burd, (2000) sala de espera é um espaço fundamental, a qual pode ser transformada em um espaço de reflexão sobre o processo saúde-doença.

A estruturação do grupo se constituiu de forma que as pacientes fossem convidadas pela pesquisadora a dirigir-se até a sala do grupo, situada no ambulatório, localizado na Ala C do hospital, onde existe um espaço mais amplo com disposição de cadeiras em círculo e um mural para que possam ser feitas anotações. Visto que as atividades do ambulatório ocorrem nas quartas e quintas feiras pelo período da manhã, objetivamos que a atividade fosse proposta

para as manhãs de quarta-feira, dia em que os atendimentos médicos são destinados a pacientes que estão em situação de início de tratamento, sendo assim as demandas das pacientes do grupo podem variar em casos de primeira consulta, descoberta de diagnóstico, preparativos para operação cirúrgica e acompanhamentos iniciais. As atividades tiveram início às 8h30min com duração aproximadamente de uma hora. As orientações foram direcionadas aos pacientes e familiares que os acompanham, sendo um grupo aberto, de participação não obrigatória podendo, a cada semana, novos participantes se juntarem ao grupo.

3.3 Desenvolvimento da atividade

As atividades tiveram início com a apresentação da pesquisadora, seguindo com a explicação sobre os objetivos desse espaço. Foi explicado sobre a participação das participantes na pesquisa, e ofertado o termo de consentimento livre e esclarecido para que se possa ler e discutir qualquer dúvida acerca do procedimento. O grupo só teve início após a assinatura do termo, sendo possível a paciente desistir da participação. Em seguida, foi propiciado aos presentes um espaço de fala, que era iniciado com algum disparador, como “Como vocês estão se sentindo hoje?”, “Como estão sendo os momentos de visita ao ambulatório?”, “O que trouxe vocês à consulta de hoje?”, buscando uma forma de despertar momentos para que se pudesse falar sobre a experiência e as expectativas em relação à doença e tratamento que vivenciam. As dúvidas eram orientadas conforme surgissem, e os questionamentos foram visualizados de forma a gerar um retorno favorável, buscando orien-

tar e amenizar a angústia do período de espera que é presente nos corredores do hospital.

O grupo encerra com orientações sobre a assistência que é proporcionada pela psicologia, de modo a deixá-las mais seguras para continuar um acompanhamento individual, caso fosse necessário.

3.4 Análise dos Dados

De acordo com Bardin (2009), a análise de conteúdo é um conjunto de técnicas de investigação que, através de uma descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto das comunicações, tem por finalidade a interpretação destas mesmas comunicações.

Para atingir mais precisamente os significados manifestos e latentes trazidos pelos sujeitos será utilizada a análise de conteúdo temática, pois segundo Minayo (2007) esta é a forma que melhor atende à investigação qualitativa do material referente à saúde, uma vez que a noção de tema refere-se a uma afirmação a respeito de determinado assunto.

Sendo assim a análise de conteúdo temática consiste em descobrir os núcleos de sentido que compõem uma comunicação cuja presença ou frequência signifiquem alguma coisa para o objetivo analítico visado (BARDIN, 2009; MINAYO, 2007). A análise divide-se em três etapas: a) pré-análise; b) exploração do material e c) tratamento dos resultados, inferência e interpretação (BARDIN, 2009; MINAYO, 2007).

4 VIVENDO A SALA DE ESPERA

Ao descobrir algo de errado em seu corpo, seja intencionalmente ou por acaso, inicia-se um processo de questionamentos e dúvidas, momento que é marcado pela necessidade de adaptar-se a uma situação nova e amedrontante (SALCI; MARCON, 2009). Esse momento é vivenciado de modo muito singular pelas mulheres, pois em cada caso, surge um fator de preocupação e força que guia a busca por tratamento e expectativa pelo possível diagnóstico. Trata-se de uma etapa importante, pois, para diversos tipos de câncer, a atitude tomada nesta ocasião determinará em grande parte, o sucesso do tratamento. Tendo a maioria dos tipos de câncer uma característica silenciosa, quanto antes a doença for detectada e diagnosticada, maiores as chances de um tratamento bem-sucedido (SALCI; MARCON, 2009). Algumas mulheres, neste momento de descoberta, relatam a dificuldade em se perceber com a doença, pelo fato de não sentir dores e demais sintomas que remetem a pessoa ao estar doente, dizendo “só lembrar que está com câncer quando se vê no ambulatório tendo que consultar”.

Nos grupos orientados, foi observado que tanto o medo quanto sentimentos relativos à negação da doença e/ou descrença são sentimentos muito frequentes nas mulheres antes da confirmação do diagnóstico, situação marcada por falas do tipo: “A gente nunca acha que é alguma coisa, sempre espera que seja só um cisto”.

Assim, quando se observa a fala de participantes que estavam em um momento após a descoberta do diagnóstico de câncer, eram percebidos principalmente sentimentos de desespero, medo e profunda tristeza, normalmente demonstrados por consternação

e choro. Algumas participantes pontuam o recebimento do diagnóstico como a pior parte de todo tratamento. Deitos e Gaspary (1997) apontaram que diante do diagnóstico do câncer de mama, a mulher se depara com sentimentos diversos, como: angústia, dor, sofrimento, culpa. Sendo esses sentimentos constantes na mulher desde o diagnóstico da doença até o seu processo de cura.

Almeida et. al. (2001) trazem a representação do corpo como fator de importante papel na construção da autoimagem e na consciência de corpo subjetivo, mostrando a relação com o próprio corpo como sendo um elemento constitutivo e essencial da individualidade. Desse modo, considerando a simbolização social e individual da mama, podemos compreender o câncer de mama, e a eventual retirada da mesma, como uma ruptura na identidade feminina, o que pode justificar o sentimento de desespero como uma forma encontrada para extravasar emoções e decepções geradas por essa quebra simbólica.

Ainda, a respeito dos sentimentos de desespero, tristeza e choro anteriormente mencionados por algumas participantes, houve também quem demonstrasse uma atitude positiva de enfrentamento da doença, fato que se mostra muito impressionante para as demais participantes que se encontravam em momentos diferentes da doença, vivendo sentimentos de tristeza e angústia. Diante desta situação, abre-se espaço para o questionamento acerca da singularidade de cada caso, e novamente a confirmação de que a doença se dá de forma diferente para cada mulher, as experiências emocionais vividas influenciam nesse processo de adoecimento (VIEIRA; LOPES; SHIMO, 2007), podendo o apoio familiar, a construção da autoimagem e a autoestima influenciarem muito a forma como a doença será significada pela paciente.

Pontuam-se, ainda, questões trazidas em grupo por algumas participantes referentes ao recebimento do diagnóstico. A relação com a caracterização do nódulo como “benigno” ou “maligno” foi uma preocupação muito presente nesse momento de descoberta da doença, sendo discutido em praticamente todos os encontros, contando com raras exceções. O recebimento da notícia de um nódulo “maligno” tornou a palavra, para algumas mulheres, mais ameaçador e temível do que a própria palavra “câncer” em si. Nessa situação, fez-se necessária a orientação acerca da nomenclatura que era relacionada ao tumor, e a discussão com a equipe médica sobre a frequência dessas dúvidas no grupo.

Propondo a discussão sobre a incidência do câncer, uma grande maioria de mulheres participantes, em grande parte dos encontros, relatou a não ocorrência de câncer de mama na família, fato que chamou atenção, pois, embora o número de mulheres acompanhadas pelo grupo seja de porcentagem insignificante dentro da população de pacientes portadores de câncer de mama, a ocorrência de fatores genéticos também é um fator apontado por dados do INCA (BRASIL, 2002) como um marcador de risco para o desenvolvimento da doença.

Sobre a rede de apoio, destacam-se nas falas que são diversas as motivações para o enfrentamento, muitas buscam a força na família, marido, filhos, amigos próximos e pessoas queridas ressaltando a importância de uma rede de apoio forte para a recuperação. De acordo com Silva e Mamede (1998), a família é vista pelas mulheres como ponto de partida para “...o sustentáculo emocional, físico e financeiro. Com esse suporte, possivelmente a mulher ganhe estímulo e força para garantir um ajustamento saudável à nova condição de saúde”, sendo um dos papéis da família nesse

momento acolher e reconhecer o papel da paciente com câncer dentro do núcleo familiar, constituindo assim, um componente essencial à sua recuperação.

Entretanto, contrapondo o papel da rede de apoio como algo positivo para o enfrentamento da doença, as pacientes relatam também situações de angústia proveniente do preconceito com a doença e de “pessoas que falam o que não sabem só pra te colocar pra baixo”. O estigma do câncer de mama leva a paciente a conviver com o preconceito e com sentimentos negativos que, muitas vezes, são por ela mesma nutridos, atrapalhando o tratamento (FERREIRA; MAMEDE, 2003). Diante das vivências em grupo, foi comum as pacientes trazerem situações em que o câncer era compreendido como algo “contagioso”, trazendo relatos de pessoas que se afastaram e/ou evitaram o contato com elas após o diagnóstico ter sido confirmado, fatos que demonstram a falta de conhecimento e o preconceito que ainda se encontra presente no convívio social.

Almeida et. al. (2000) apontaram que condições graves como o câncer carregam consigo uma série de associações simbólicas, que podem afetar profundamente a maneira como as pessoas percebem essa doença e o comportamento de outros em relação às mesmas. A representação do câncer, como um mal, exprime um sentimento de desvalorização social, colocando a doença não apenas um desvio biológico, mas também um desvio social, onde o doente se vê como um ser socialmente desvalorizado. Caetano, Gradim, & Santos (2009) colocaram que o estigma do câncer de mama leva a paciente a conviver com o preconceito e com sentimentos negativos que, se nutridos pela paciente, podem vir a tornar a vivência da doença um processo bastante difícil e penoso.

O fator deslocamento também foi um tópico bastante presente nos encontros. Visto que o hospital no qual o grupo é realizado atende também uma grande demanda de cidades da região, é comum que alguns acompanhamentos sejam direcionados para o hospital, onde as pacientes possam encontrar mais recursos e acesso a tratamento. A grande maioria dos participantes relata a vinda de outra cidade, situação que envolve uma preparação prévia e horas de viagem, podendo, juntamente com demais situações, como a espera por atendimento e angústia pelo possível diagnóstico, se tornar um fator bastante estressor, provocando sentimento de desamparo, que pode ser acentuado em situações que a paciente vem sem um acompanhante.

Sobre a busca de força para enfrentamento da doença, além da rede de apoio, muitas participantes trouxeram a busca na fé e religião uma alternativa para superação. Mesmo nas pacientes que citam o avanço da medicina como um apoio na esperança da cura, a espiritualidade aparece. A busca divina é uma opção alternativa, culturalmente marcada nas vidas de pacientes oncológicos (AQUINO; ZAGO, 2007). Segundo alguns relatos, a fé em Deus se mostrou tão importante que, em uma situação em que o tumor se mostrou de menor tamanho na ultrassonografia do que quando foi medido no exame de toque, foi referido o acontecimento de “um milagre”.

Ainda Aquino e Zago (2007) acreditaram que a fé ou crença religiosa proporciona às mulheres com câncer de mama sentimento de paz na sua condição, para, assim, viver com maior otimismo, podendo também pensar na doença como “processo de aprendizado”. A experiência de enfrentar o câncer resulta num processo de desafios para o doente e, para tanto, ele busca algo com que possa

enfrentar esses desafios. A busca da força se mostra presente em falas como: “Deus só dá o fardo pra quem possa carregá-lo”, frase que foi citada por duas pacientes em grupos distintos, mostrando a doença como um obstáculo que ‘é dado’ àqueles que carregam a capacidade de superá-lo. Assim, a religião é vista como estratégia valorizada na cultura ocidental para lidar com a doença e suas terapêuticas.

Vale ressaltar que a doença se dá de forma diferente para cada mulher, as experiências emocionais vividas influenciam nesse processo de adoecimento, desde a aceitação do diagnóstico e da doença, até a efetivação do tratamento oncológico. Mulheres acometidas pelo câncer de mama vivenciam experiências de dores físicas e também psicológicas, mas não é possível afirmar que todas essas mulheres sintam a mesma dor (VIEIRA; LOPES; SHIMO, 2007). As reações da mulher com câncer de mama frente à mutilação relacionam-se à sua subjetividade, sendo determinadas pela maneira como ela vive e convive com o seu corpo desde a infância e o processo de elaboração frente à doença e à perda da mama, é semelhante ao processo de elaboração de luto (ALMEIDA et al, 2001).

Ainda assim, sendo o câncer de mama marcado pelas taxas de incidência prioritariamente femininas, fazendo serem problematizadas marcas orgânicas e psicológicas deixadas pelo mesmo em mulheres, vale pontuar que houve a participação de homens portadores da doença no grupo, o que nos mostra também sobre a necessidade de se existir uma orientação voltada também para a ocorrência do câncer de mama masculino, sendo esta, uma problemática presente em nosso estudo. O câncer de mama em homens é uma patologia relativamente incomum. Atinge 1 homem para cada 1.000 mulheres (ARAÚJO et al, 2003) sendo responsável

por 0,1% da mortalidade por câncer no sexo masculino (RAVANDI, 1998). Apesar desses números, alguns estudos indicam que a incidência desse tumor vem aumentando. A prevalência da patologia no homem aumenta com a idade, sendo mais incidente com homens na faixa etária dos 60 anos (DIAS; FONSECA; AZARO, 1994). Em negros se verifica uma incidência maior (SAVI; HAAS, 2002). No Brasil, não se verificou redução nas taxas de mortalidade por câncer de mama masculino nos últimos anos e a maior incidência desta neoplasia foi encontrada nos estados do sul do país, destacando-se o Rio Grande do Sul (SAVI; HAAS, 2002). Como nas mulheres, o subtipo mais comum é a variedade ductal infiltrativa e raramente se verifica o tipo lobular (SAVI; HAAS, 2002). Devido à pouca incidência da doença no sexo masculino, muitas das atuais modalidades de tratamento são baseadas na experiência com câncer de mama feminino (DONEGAN; REDLICH, 1996).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o trabalho desenvolvido pela psicologia no ambulatório de mastologia, que disponibiliza apoio às pacientes tanto pós consulta médica, quando o diagnóstico de câncer de mama é revelado, quanto durante os procedimentos médicos como a quimioterapia e a mastectomia, percebe-se a grande importância deste espaço promovido pela sala de espera para externalizar sentimentos vividos por elas. Assim, dúvidas, angústias, medos, fantasias e informações distorcidas podem ser esclarecidas, possibilitando as estas mulheres um olhar reflexivo e realista sobre o momento que estão vivenciando.

Segundo Nassif (2006), a medicina tem promovido avanços na área oncológica, principalmente no câncer de mama, considerando as ações preventivas e também o tratamento disponível. Entretanto a incidência da patologia tem aumentado e a atualização de estudos na área são importantes. A presença do psicólogo em meio às equipes de saúde que trabalham com o atendimento de pacientes com cancer de mama se mostra de extrema importância, abrindo a possibilidade de se trabalhar junto às necessidades emocionais decorrentes do adoecimento, auxiliando na manutenção do bem-estar psicológico ao longo do tratamento, bem como a melhor adesão a este (FIOREZE; PINHEIRO, 2008).

A realização de grupos com pacientes e acompanhantes em sala de espera, possibilita uma nova maneira de abordarmos essa questão do adoecimento, promovendo troca de experiências entre os participantes e identificação com a dificuldade do outro. Dessa forma, considera-se que o apoio emocional seja um assunto que mereça maior atenção, visando aprimorar o entendimento deste momento na vida das mulheres e maior acessibilidade à atenção psicológica no ambiente hospitalar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana Maria de et al .Construindo o Significado da Recorrência da Doença: A Experiência de Mulheres Com Câncer de Mama. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto , v. 9, n. 5, p. 63-69, Sept. 2001.

AQUINO, Verônica Vrbán; ZAGO, Márcia Maria Fontão. O significado das crenças religiosas para um grupo de pacientes oncológicos em reabilitação. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto , v. 15, n. 1, p. 42-47, Feb. 2007 .

ARAÚJO, Rossano R. Fernandes; FILHO, Antônio S.S. Figueira; COSTA, Laura

O.; SANTOS, Ana L. Guerra; GALVÃO, Elísio B.; SIMPLÍCIO, Libelina M. Câncer de mama em homens: estudo de 13 casos / Male breast cancer: a study of 13 cases. *Revista Brasileira de Mastologia*, v.13, n.3, p.115-121. 2003.

BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa, Portugal: Edições 70, LDA, 2009.

BRASIL. *Definição de Câncer*. Associação Brasileira do Câncer, 2008.

BRASIL. *Falando Sobre Câncer de Mama*. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Assistência à Saúde. Instituto Nacional de Câncer. Coordenação de Prevenção e Vigilância – (Conprev) – Rio de Janeiro: MS/INCA, 2002.

BRASIL. *Falando Sobre o Câncer de Mama*. Ministério da Saúde. Instituto Nacional do Câncer. Rio de Janeiro: INCA, 2003.

CAETANO, Edilaine A.; GRADIM, Clícia V. Cortês; SANTOS, Lana E. S. Santos. Câncer de mama: reações e enfrentamento ao receber o diagnóstico. *Revista de Enfermagem UERJ*, v. 17, n.2, p.257-261. 2009.

DEITOS, Terezinha F. Hassan; GASPARY, João F. Pollo. Efeitos biopsicossociais e psiconeurológicos do câncer sobre pacientes e familiares. *Revista Brasileira de Cancerologia*, Rio de Janeiro, v. 43, n.2 , p.117-126. 1997.

DIAS, E. N.; FONSECA, M. C. A.; AZARO, M. G. A. Câncer de mama no homem. *Mastologia atual*. Rio de Janeiro: Revinter. v.36, p.343-349. 1994.

DONEGAN, W. L.; REDLICH, P. N. Breastcancer in men. *Surgical Clinics of North America*. v.76, p.343-358. 1996.

FERREIRA, Maria de Lourdes da Silva Marques; MAMEDE, Marli Villela. Representação do corpo na relação consigo mesma após mastectomia. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, Ribeirão Preto , v. 11, n. 3, p. 299-304, June 2003 .

FIOREZE, Dulce A. Schwaab; PINHEIRO, Silvia D. Câncer de mama e apoio emocional. (Graduação em Psicologia) - Faculdades Integradas de Taquara, RS. 2008.

GRAÇA, L.A; BURD, Miriam. *Grupos com Diabéticos*. Porto Alegre : Grupo e Corpo, Artes Médicas Sul, 2000.

MALDONADO, M. T.; HALLAL, R. C. Grupos de sala de espera. *Femina*, v. 9, n. 1, p. 378-381, 1981.

MINAYO, Maria Cecília Souza. *O Desafio do Conhecimento. Pesquisa Qualitativa em Saúde*. São Paulo, SP: Hucitec, 2007.

- NASSIF, Maria R. Galante. Vínculos afetivos e respostas ao estresse em pacientes com câncer de mama. 2006. (Doutorado em Psicologia Clínica). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- NUCCI, Nelly A. Guernelli. *Qualidade de vida e câncer: O estudo compreensivo*. 2003. (Doutorado em filosofia) - Faculdade de Filosofia, Ciências e letras de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto.
- QUINTANA, Alberto. M. Traumatismo e simbolização em pacientes com câncer de mama. *Temas em Psicologia*. V.7, n.2 , p.107-118. 1999.
- RAVANDI, Kashani F.; HAYES, T. G. Male breast cancer: a review of the literature. *European Journal of Cancer*, v.34, n.9, p.1341–1347. 1998.
- ROMANO, B. Wilma. *Princípios Para a Prática da Psicologia Clínica em Hospitais*. São Paulo, SP: Casa do Psicólogo, 1999.
- ROSSI, Leandra; SANTOS, Manoel A. Repercussões psicológicas do adoecimento e tratamento em mulheres acometidas pelo câncer de mama. *Psicologia Ciência e Profissão*, v.23, n.4, p.32-41. 2003.
- SALCI, Maria A.; MARCON, Sonia S. Itinerário percorrido pelas mulheres na descoberta do câncer. *Esc Anna Nery Revista de Enfermagem*, v.13, n.3, p.558-566. 2009.
- SAVI, L.A; HAAS, P. Ocorrência de câncer de mama em pacientes masculinos no Brasil. In: *Anais 36º Congresso Brasileiro de Patologia Clínica / Medicina Laboratorial*, São Paulo, SP. 2002.
- SILVA, R. M.; MAMEDE, M. V. *Conviver com a mastectomia*. Fortaleza: Editora UFC, 1998
- VIEIRA, Carolina Pasquote; LOPES, Maria Helena Baena de Moraes; SHIMO, Antonieta Keiko Kakuda. Sentimentos e experiências na vida das mulheres com câncer de mama. *Rev. esc. enferm. USP*, São Paulo , v. 41, n. 2, p. 311-316, June 2007 .
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *International Agency for Research on Cancer* .GloboCan, 2012.
- ZECCHIN, R. Nascimento. *A Perda do Seio: Um Trabalho Psicanalítico Institucional com Mulheres com Câncer de Mama*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

OS DIREITOS HUMANOS E A POLÍTICA DE SAÚDE PARA ADOLESCENTES EM CONTEXTO HOSPITALAR

*Liziane Giacomelli Henriques da Cunha*¹

*Maristela Costa de Oliveira*²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É inegável que pensar em políticas sociais públicas na contemporaneidade remete à necessidade de que as reflexões sejam realizadas dentro do marco dos direitos humanos, como espaço de lutas e de criação de possibilidades para a vida de sujeitos concretos e coletivos.

As políticas públicas brasileiras, voltadas à garantia e defesa

¹ Graduação em Serviço Social pela Universidade Federal do Pampa (Unipampa) – 2010. Mestrado em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) – 2013. Assistente Social. E-mail: lcunha@ghc.com.br

² Graduação em Serviço Social pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) – 1990. Especialista em Saúde Comunitária pela Escola de Saúde Pública/RS – 1992. Especialista em Investigação Científica pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA-RS) – 1997. Especialista em Violência Doméstica (LACRI/USP) – 2005. Mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) – 1998. Doutora pelo Programa de Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide/Sevilha/Espanha – 2007. Assistente Social. E-mail: omaristela@ghc.com.br

dos direitos da criança e do adolescente, vistos como sujeitos de direitos, têm como gênese a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio com o objetivo de firmar o compromisso político já elencado na Constituição Federal de 1988 com a efetivação da cidadania a todos os sujeitos por meio das políticas públicas e do exercício da democracia plena, estabelecendo, assim, a afirmação legislativa de toda e qualquer criança e adolescente brasileiros como prioridade absoluta das políticas sociais.

Essa nova proposta da construção de uma nova sociedade, baseada na perspectiva dos direitos dessa população, tornou-se o grande desafio do Estado, da sociedade e da atuação de profissionais estreitamente vinculados a essa luta, dentre eles o assistente social, profissional comprometido ética e politicamente com a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Nesse prisma insere-se a atenção integral à saúde de adolescentes, no âmbito da saúde pública. Constata-se que houve um significativo avanço no que se refere ao ordenamento sociojurídico que orienta as políticas e práticas profissionais a partir do novo Paradigma da Proteção Integral. Entretanto, a realidade social aponta para alguns nós críticos, os quais cotidianamente estão presentes nos serviços de saúde e na assistência à saúde de adolescentes. Com o intuito de contribuir para a consolidação de estratégias que deem visibilidade, não somente aos agravos (causas externas) que acometem a saúde e a qualidade de vida desse segmento social, é que esse estudo exploratório propõe-se a desvelar vulnerabilidades, mas também potencialidades para a produção de saúde, a partir da intervenção do Serviço Social com adolescentes e suas famílias em um hospital de trauma.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em alguns países da sociedade contemporânea, os direitos humanos são propagados, embora não sejam concretizados, com base em códigos internacionais que reconhecem que todos os seres humanos têm os mesmos direitos. Esses direitos mundialmente reconhecidos são cotidianamente banalizados e desrespeitados, fato que aumenta a distância entre as práticas sociais e o referencial normativo (BICUDO 2002).

Isso implica, ademais, a convicção de que o conceito de direitos humanos só adquire sentido em circunstâncias culturais específicas e nas relações sociais concretas de mobilização e ação de classes sociais. Não se pode seguir mantendo um conceito de direitos humanos que abstrai das condições materiais dos sujeitos.

Na visão de Rubio (2007), historicamente os direitos fundamentais têm sido instrumento tanto de exclusão como de inclusão, tanto de desigualdades como de igualdades. Os critérios de reconhecimento são constitucionais, formais e normativamente universais; no entanto, os contextos e as tramas sociais sobre as quais se colocam as normas reproduzem lógicas de exclusão e discriminação, inclusive reduzindo os âmbitos formais de manifestação popular.

O mesmo autor compreende os direitos humanos como processos de abertura e consolidação de espaços de luta pela dignidade humana e, para isso, se fazem necessárias diversas reivindicações políticas, sociais, econômicas, culturais, sexuais e ambientais para que os sujeitos sejam reconhecidos como sujeitos diferenciados. Sujeitos com capacidade de expressar múltiplas formas individuais

e coletivas de humanidade, considerando o entorno e o contexto no qual cada indivíduo ou coletivo se situam (RUBIO, 2012).

Abordar as políticas públicas como concretização de direitos humanos dirigida a categorias específicas da população que são marginalizadas por suas características singulares (aqui se incluem adolescentes, dentre outros) implica o reconhecimento de uma história de discriminação e desigualdade social, na qual se estruturaram as relações humanas.

De acordo com a legislação brasileira, no Art. 227 da Constituição Federal, a criança e o adolescente gozam de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo dever da família, da comunidade e 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, 2004).

No Brasil, apesar de todos os êxitos e avanços na área da legislação resultante das ações internacionais e nacionais dos movimentos sociais, as iniciativas de atendimento a adolescentes ainda podem ser considerados incipientes.

No Art. 227, está explicitado o seguinte:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2004).

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, que assegura legalmente os direitos da infância e da adolescência, crianças são pessoas de até doze anos incompletos e adolescentes aquelas entre doze e dezoito anos de idade. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a adolescência ocorre entre os 10 e os 19 anos de idade. Considerando todos os aspectos que foram abordados neste trabalho, será adotada a classificação orientada pela OMS, bem como pelo Ministério da Saúde e pela Política Estadual de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes/RS (PEAISA). Contudo, reitera-se que a concepção engloba a prerrogativa de que o ser-criança e o ser-adolescente não se restringem meramente a uma referência cronológica, mas respeitam os sujeitos sociais vistos na perspectiva de gênero, raça/etnia, orientação sexual, cultura e classe social (AZEVEDO, GUERRA, 2005). Essa concepção de adolescência possibilita a ampliação do olhar sobre o sentido de ser adolescente com as múltiplas e complexas tramas que envolvem a vida social. Discorrer sobre esses sujeitos exige que se pense em diversidade, pluralismo, identidades e contextos sócio-históricos que perpassam as várias adolescências.

1.1 Adolescências no contexto da saúde

Vários são os enfoques e distintas as perspectivas de compreensão do que seja a adolescência. Pode-se dizer que se trata de uma fase socialmente estabelecida que poderá ter diferentes peculiaridades e modificar-se conforme o ambiente social, econômico e cultural, no qual adolescentes vivem e se desenvolvem.

Os estudos e as publicações sobre o tema apontam que a ado-

lescência é uma construção recente que tem origem nas sociedades ocidentais, cujo conteúdo foi objeto de contínuas mudanças (OZELLA, 2003).

Não obstante, esse período pode ser abreviado ou prolongado, dependendo do meio sociocultural ao qual faz-se referência. Para isso, há justificativas de caráter sociológico, psicológico, antropológico e socioeconômico. Em geral, as discussões sobre conceitos de adolescência sempre reivindicam a necessidade e urgência de ações sociais para essa população (SILVA; LOPES, 2009).

Não é raro, principalmente nos países de capitalismo dependente, que os jovens ingressem no mercado de trabalho (formal ou informal) com o objetivo de colaborar com a renda familiar, assumindo, em alguns casos, o papel de provedores em vista de pais omissos ou sem condições de fazê-lo naquele momento. É crescente o número de adolescentes que, por essas razões, abandonam a escola, que é o espaço onde, por direito, deveriam encontrar-se nesse período de suas vidas (TRIPOLI, 1998).

Por essa razão, é preciso atender à heterogeneidade que está envolvida no referido processo da adolescência. É visível que os critérios não podem ser os mesmos em todas as sociedades, embora em alguns pontos possam existir algumas convergências. A cronologia dessa etapa da vida está definida para alguns grupos em diferentes estratos socioeconômicos com expressões culturais distintas; são, ademais, grupos oriundos do meio urbano ou rural em função de demandas muito peculiares (BERQUÓ, E. et al. 1997). Também o sexo é um critério fundamental na hora de estabelecer definições ou categorizações. Alguns profissionais levam em conta as transformações relacionadas com o corpo, considerando que o início da adolescência se dá na puberdade, já que nessa fase ocorre

a maturidade sexual que capacita os jovens biologicamente para procriar (COSTA, 2002). Entretanto sabe-se que diversos são os fatores que contribuem para o desenvolvimento e aquisição de habilidades e competências para o exercício de papéis sociais que são construídos socioculturalmente.

1.2 Saúde como política pública no contexto das adolescências

Desde que a saúde foi promulgada pela Constituição de 1988 como direito de todos e dever do Estado, sua trajetória histórica na vida dos brasileiros continua sendo permeada por avanços e retrocessos (ABREU FILHO, 2004). Ela, no entanto, é o único direito universal que faz parte da Seguridade Social (junto com a Previdência e Assistência Social) “que tem por finalidade a garantia de certos patamares mínimos de vida da população, em face de reduções provocadas por contingências sociais e econômicas” (SIMÕES, 2007, p. 89).

O próprio conceito de saúde passou por diversas transformações até ser definido pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”. Buscando conceituar essa ampliação para além do individual, ou seja, como parte do coletivo da organização da sociedade, a Conferência Nacional de Saúde declara que:

Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse de terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais

podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1987, p. 382).

Como afirma Bobbio (2004, p. 5), “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Por esta razão entende-se que a história dos direitos humanos, e, conseqüentemente dos direitos da criança e do adolescente, encontram-se em permanente necessidade de reafirmação e luta por conquistas de espaços de reconhecimento em um compasso de avanços e recuos no tempo presente.

A saúde como direito social e dever do Estado deve ser garantida 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 a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2004).

Em relação à saúde de adolescentes o que se constata é que, em geral, eles chegam aos serviços especializados de saúde via encaminhamentos de outros serviços e/ou instituições, mediante as escolas e outros profissionais que atuam na área da infância e da adolescência. No caso das meninas, já se dispõe do registro de que sua motivação para buscar os serviços de saúde é a condição de gravidez e a demanda pelo pré-natal, que tem se revelado como um dos elementos facilitadores para o ingresso da adolescente no serviço de saúde, seja na rede básica seja no nível especializado.

Entretanto, no momento mesmo em que o e a adolescente buscam algum dos serviços de saúde para receber atendimento, o fato que os motiva é quase sempre uma necessidade imediata e orgânica. Portanto, eles não exercitam seu direito à saúde median-

te a utilização dos serviços, na perspectiva do direito que define a saúde como o completo bem-estar físico, mental e social e não a mera ausência de enfermidades. O adolescente pertence a um segmento populacional com características próprias, geralmente são e não sujeito a enfermidades.

Com a evolução da luta pelos direitos humanos e a conquista desses direitos, hoje estão incluídas nas discussões e na agenda política ações centradas no planejamento que proporcionem o acesso a informações e a serviços de prevenção e promoção à saúde.

Entretanto, existem inúmeras barreiras ou vazios que dificultam a promoção dos direitos humanos e de políticas coerentes de saúde de adolescentes com programas eficientes e inclusivos. As desigualdades sociais presentes nas dinâmicas da sociedade brasileira evidenciam o caráter constante de violação dos direitos humanos da maioria da população. Essa prática é reforçada pela hierarquização dos direitos humanos que confere mais importância aos direitos civis e políticos do que aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

De acordo com Silva (2001), esse quadro pode ser superado e para isso se requer tomar algumas medidas: adoção efetiva de políticas públicas, desconcentração de renda, agilização dos processos penais, civis e trabalhistas, ações afirmativas inclusivas e não protetoras (de negros, mulheres, homossexuais, crianças e adolescentes), com o objetivo de reduzir também a pobreza da qual são vítimas as mulheres, as crianças e os adolescentes.

Com relação ao direito à saúde de adolescentes, cotidianamente observa-se que a presença de adolescentes nos serviços de saúde fica restrita aos atendimentos emergenciais, oriundos das questões de violência/acidentes, gestação, uso de substâncias psi-

coativas ou doenças sexualmente transmissíveis. Como mostram Silva e Lopes (2009):

[...] a partir dos problemas que ameaçam a ordem social – as questões que emergem são aquelas relativas aos comportamentos de risco e de transgressão. Tal abordagem gera políticas de caráter compensatório e com foco naqueles setores que apresentam as características de vulnerabilidade, risco ou transgressão (normalmente os grupos visados se encontram na juventude urbana popular). Os setores que mais desenvolveram ações sob tal paradigma são os de saúde e justiça – ou segurança social (a partir de questões, tais como: drogadição, violência, criminalidade e narcotráfico). Uma problemática relevante dessa abordagem é que se constrói uma percepção generalizadora da juventude que a estigmatiza (SILVA; LOPES, 2009, p. 102).

A saúde como direito social e dever do Estado deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, ao mesmo tempo que oportunizem o acesso de adolescentes às ações e aos serviços para a promoção da saúde, proteção e recuperação (BRASIL, 2010, p. 83).

O Ministério da Saúde, através da Área Técnica da Saúde do Adolescente e do Jovem publicou, em 2005, a Norma Técnica Marco Legal da Saúde de Adolescentes, sobre os fundamentos dos princípios legais que garantem o pleno exercício do direito à saúde de adolescentes, e o documento Saúde Integral de Adolescentes e Jovens com orientações para a organização e implantação/implementação de ações e de serviços para o atendimento de adolescentes.

A Secretaria Estadual da Saúde/RS, em 2009, através da Área Técnica de Saúde da Criança e do Adolescente elaborou a Política Estadual de Atenção Integral À Saúde de Adolescentes (PEAISA), com o objetivo de organizar os serviços para a atenção integral à

saúde de adolescentes³. A PEISA está estruturada em três eixos: crescimento e desenvolvimento saudáveis, saúde sexual e reprodutiva e redução da morbimortalidade por causas externas (RIO GRANDE DO SUL, 2010.).

Essa forma de estruturação da Política Estadual de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes visa ao atendimento de adolescentes de 10 a 19 anos, com ações de promoção à saúde, à prevenção de agravos e à redução da morbimortalidade, considerando as questões de gênero, orientação sexual, raça/etnia, meio familiar, condições de vida, escolaridade e trabalho (PES, 2013). Tal política preconiza que os serviços disponibilizem espaço físico com privacidade em que adolescentes sintam-se acolhidos e com o direito de serem atendidos sozinhos. A principal causa de morte na população adolescente é decorrente de causas externas, como acidentes, homicídios e suicídios⁴. No intento de uma maior aproximação do Serviço Social à realidade de adolescentes que internam no hospital de trauma, cujas causas são reconhecidamente por situações de agressão, violência, acidentes, dentre outros, buscou-se conhecer as principais causas de internação e as circunstâncias nas quais elas ocorrem.

Segundo Cunha (2014, p. 14) “As especificidades do Serviço Social em um hospital de trauma estão sintonizadas com os desafios da categoria profissional na consolidação do projeto ético-político”, cuja inserção ocorre a partir das diferentes expressões da questão social que se transversalizam e se agudizam no processo

³ As ações para implantação e implementação da Política Estadual têm possibilitado maior interlocução com as Coordenadorias Regionais de Saúde e com as Secretarias Municipais de Saúde.

⁴ Em 2014 ocorreram 1.078 óbitos na faixa etária de 10 a 19 anos, dos quais 243 (22,54%) na faixa etária de 10-14 anos e 835 (77,45%) na faixa etária de 15 a 19 anos. Adolescentes do sexo masculino são as maiores vítimas (814), representado 75,5% dos óbitos (PES, 2016).

de saúde doença dos usuários, pautada pela concepção de saúde como direito, cuja manifestação é influenciada pelos determinantes sociais.

Na análise de Vasconcelos (2007), o assistente social, no exercício profissional, ainda que necessite produzir conhecimento, não encontra condições para priorizar esta produção em razão das exigências próprias do exercício profissional. Não significa que a prática profissional não exija uma investigação dos fenômenos com os quais se defronta no cotidiano. O estudo justifica-se, portanto, pela necessidade de ruptura de processos de trabalho instituídos que primam pela dicotomia entre teoria e prática.

1.3 O percurso da pesquisa

A pesquisa está intrinsecamente ligada à natureza do Serviço Social, como um meio de construção de conhecimentos, compreensão da realidade e um elemento fundamental para o profissional que deseja desenvolver uma prática crítica e propositiva tão necessária no campo das políticas públicas, requisitos estes que também abrangem o campo da saúde do adolescente, foco deste trabalho.

Bourguignon (2005) destaca que a pesquisa deve ter como objetivo compreender as questões estruturais em sua totalidade e traz como um de seus pilares a questão do retorno e alcance social das pesquisas desenvolvidas pelo Serviço Social. Essas pesquisas devem estar alinhadas com o compromisso ético-profissional na construção do conhecimento e também contribuir na elaboração e execução de políticas públicas em favor dos sujeitos de direitos.

O presente trabalho apresenta como temática a atenção à

saúde de adolescentes internados/as em uma unidade de Traumatologia, tendo como objetivo geral identificar as principais causas de internação de adolescentes em um hospital de trauma no Rio Grande do Sul. Como desmembramento desse questionamento principal, teve-se como questões norteadoras: qual o perfil dos(as) adolescentes hospitalizados(as)?; quais as circunstâncias que levaram estes(as) adolescentes a necessitar internação?

Esse estudo foi orientado pela teoria do materialismo histórico e dialético que tem o método dialético crítico como forma de compreender a realidade, por meio de seu contexto histórico, onde “tudo é visto em constante mudança: sempre há algo que nasce e se desenvolve e algo que se desagrega e se transforma” (GIL, 2007, p. 32).

O estudo é de natureza exploratória e de abordagem quanti-qualitativa, a qual proporciona uma aproximação que permite conhecer melhor a essência de seu estudo. Como afirma Diniz, a pesquisa exploratória “propõe uma busca e não uma verificação de informações. Seu objetivo é a descoberta de ideias que sejam úteis, críticas e norteadoras de novas atitudes em relação ao mundo” (DINIZ, 1999, p. 500).

Realizou-se estudo descritivo com base na abordagem quantitativa do número de internações de adolescentes na unidade de Traumatologia, no período de outubro a dezembro de 2015, cujas informações foram coletadas no Sistema de Informações Médicas por meio da Classificação de Risco da Emergência baseada no Protocolo de Manchester⁵, o Relatório de Hospitalizações por perío-

⁵ Modelo de Manchester (Manchester Triage System - MTS) – “Trabalha com algoritmos e discriminadores chaves, associados a tempos de espera simbolizados por cores. Está sistematizado em vários países da Europa. O mecanismo de entrada é uma queixa ou situação de apresentação do paciente” (GRUPO BRASILEIRO DE CLASSIFICAÇÃO DE RISCO, 2014, p. 3).

do gerado pelo sistema e o Prontuário do Paciente, onde se acessa os dados cadastrais, Nota de Alta e evoluções eletrônicas das categorias profissionais que prestam atendimento ao adolescente no período de sua internação.

A análise documental foi organizada em planilha Excel, por meio do levantamento de dados de adolescentes referenciados para unidade de Traumatologia, segundo origem, cor/etnia, faixa etária, gênero, circunstâncias e diagnóstico. A distribuição de frequência simples foi aplicada após a elaboração das planilhas, obtendo-se assim a análise dos dados.

No período entre outubro a dezembro de 2015, houve o ingresso de 1.794 usuários internados no hospital de trauma, sendo distribuídos pelas seguintes especialidades: 813 (45%) pela Traumatologia, 428 (24%) pela Neurocirurgia, 206 (11%) pela Cirurgia Plástica, 178 (10%) pela Cirurgia Geral, 76 (4%) pela Bucamaxilofacial, 75 (4%) pela Cirurgia de Queimados, 11 (1%) pela Cirurgia Vascular e 10 (1%) pela Microcirurgia. Entre as especialidades destaca-se a Unidade de Traumatologia⁶ (813 internações), responsável por quase a metade (45%) das internações hospitalares no período analisado, demonstrando grande rotatividade de usuários, situação oposta à da Unidade de Neurocirurgia, onde os usuários geralmente permanecem mais tempo devido as sequelas e dependência.

De acordo com o período analisado, 166 adolescentes ingressaram e foram distribuídos pelas especialidades da seguinte forma: 67 (41%) pela Traumatologia, 29 (17%) pela Cirurgia Geral, 28 (17%) pela Neurocirurgia, 22 (13%) pela Cirurgia Plástica, 12

⁶ A Unidade da Traumatologia conta com 50 leitos masculinos e 35 leitos femininos e caracteriza-se pela alta rotatividade de pacientes que, na maioria as vezes, permanecem internados por períodos curtos, se comparados com as demais especialidades.

(7%) pela Bucomaxilofacial, 7 (4%) pela Cirurgia de Queimados e 1 (0%) pela Cirurgia Vascular. Observa-se novamente o destaque da especialidade de Traumatologia pelo maior número de hospitalizações de adolescentes, responsável por 67 (41%) das internações destes.

Dos 67 adolescentes que estiveram hospitalizados pela especialidade de Traumatologia, 40 adolescentes permaneceram na unidade de Traumatologia, sendo que os demais foram distribuídos entre as unidades de Pediatria, Emergência, Cirurgia Geral, dentre outras unidades. Optou-se por escolher a amostra correspondente aos/às adolescentes que permaneceram na unidade de Traumatologia por este ser o campo de atuação da assistente social responsável pela unidade no turno da tarde, facilitando assim a aproximação e conhecimento do público já atendido pela profissional.

Os dados referentes à faixa etária dos/as adolescentes apresentam-se distribuídos quase uniformemente, recebendo certo destaque quantitativo com 23% a idade de 18 anos. Os demais foram: 13 anos (8%), 14 anos (15%), 15 anos (13%), 16 anos (15%), 17 (17%), 17 anos (15%) e 19 anos (13%). De acordo com o sexo, 87% são do sexo masculino e 13% do sexo feminino, não havendo nenhuma representação LGBT, conforme a análise dos dados cadastrais.

Conforme as informações analisadas referentes à raça/cor, 75% adolescentes foram classificados/as como brancos/as e 25% como negros/as, no entanto, leva-se em consideração que as circunstâncias do preenchimento desses dados podem ter comprometido seus resultados já que, na maioria das vezes, sabidamente, estes dados não são autodeclaráveis (dependendo da gravidade do caso, o adolescente não possui condições de responder as pergun-

tas do cadastro, ficando sob a responsabilidade do funcionário administrativo ou de pessoa da família (ou não) envolvida no socorro à vítima. Além destas limitações, também se observa que a ficha cadastral dos usuários possui opções de raça/cor enquadradas em branco, pardo e negro, demonstrando ainda um retrocesso histórico em relação às intensas discussões e aos esclarecimentos sobre a temática. No que diz respeito ao município de origem, constata-se que 70% dos/as adolescentes são oriundos de Porto Alegre e os demais 30%, em sua maioria, correspondem aos municípios constituídos pela região metropolitana.

Segundo os dados coletados nas Notas de Alta dos/as adolescentes, de acordo com o CID correspondente⁷, demonstrou-se que as seis primeiras classificações correspondem a fraturas de membros inferiores (pernas e pés), correspondendo a 25% dos casos, e membros superiores (braços e ombro), correspondendo a 20% dos/as adolescentes hospitalizados/as. As demais classificações receberam somente uma representação.

A busca pela coleta dos dados referentes às circunstâncias que envolveram o acidente e, posteriormente, à hospitalização destes/as adolescentes tornou-se um grande desafio já que esta informação não possui registro ou documento específico, sendo colocada em segundo plano como uma informação sem significado, ou até mesmo confundida com as consequências dos acidentes. Por exemplo, na Classificação de Risco, preenchida pela Enfermagem quando o usuário ingressa na Emergência, a queixa referida é preenchida, em sua maioria, pelas consequências do acidente ou

⁷ De acordo com a Classificação Internacional de Doenças, os principais CID citados nas notas de Alta dos adolescentes foram: S626 – Fratura de outros dedos; S523 – Fratura de diáfise do rádio; S723 – Fratura de diáfise do fêmur; S822 – Fratura da diáfise da tíbia; S826 – Fratura de maléolo lateral e S422 – Fratura da extremidade superior do úmero.

violência e não por sua causa, dificultando assim a identificação do contexto em que o/a adolescente está inserido/a. O foco das informações voltadas às consequências, sem mencionar as causas, segue o mesmo padrão nas Notas de Alta. As informações referentes às circunstâncias puderam ser encontradas por meio das evoluções eletrônicas gravadas no prontuário do adolescente.

As circunstâncias que envolviam o acidente ou violência sofridos pelos/as adolescentes que levaram a sua hospitalização foram: - 24% por acidente de moto; - 22% por jogo de futebol; - 19% por arma de fogo; - 13% sem informação; - 11% por deformidades nos pés; - 5% por queda de cavalo; - 3% por queimadura; - 3% por acidente de trabalho.

Garantir o acesso à saúde integral aos/às adolescentes tem sido um desafio para um hospital de trauma, já que o público predominante é de pessoas vítimas da violência e do trânsito. Como diz Agudelo (1990, p. 1) “a violência afeta a saúde porque ela representa um risco maior para a realização do processo vital humano: ameaça a vida, altera a saúde, produz enfermidade e provoca a morte como realidade ou como possibilidade próxima”.

Os dados analisados preliminarmente rompem o paradigma de que a adolescência está primeiramente envolvida com a violência urbana, demonstrando que os acidentes de trânsito lideram os motivos de internação de adolescentes na unidade de traumatologia, seguindo o caminho dos dados referentes aos outros segmentos da população. Vale destacar que acidentes de trânsito com adolescentes expõem o viés da busca por aventura e a quebra de regras acompanhada pela imprudência, pois alguns desses adolescentes envolvidos em acidentes ainda não tinham idade suficiente para dirigir o que acaba sendo considerado um ato infracional, po-

dendo gerar uma medida socioeducativa ao adolescente. O uso de substâncias psicoativas acompanha o contexto de um percentual significativo dos adolescentes internados; no entanto, estes dados não receberam aprofundamento neste trabalho, porém, não podem ser esquecidos ou negligenciados.

As hospitalizações envolvendo o contexto da violência atingiram o terceiro lugar com 19% dos casos, fato este que se supunha com maior incidência. No entanto, ainda deve ser considerado preocupante, considerando o contexto geral do hospital de trauma onde há um índice considerável de adolescentes que não chegam a permanecer hospitalizados pela violência (destaca-se as agressões físicas, por arma de fogo e arma branca) com atendimentos que restringem-se à unidade da Emergência, cujo desfecho muitas vezes resulta em óbito.

Contribuindo com a reflexão sobre o impacto da violência nos serviços de saúde, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), em seu documento sobre o tema (1994), declara que,

[...] a violência, pelo número de vítimas e a magnitude de sequelas emocionais que produz, adquiriu um caráter endêmico e se converteu num problema de saúde pública em vários países. O setor de saúde constitui a encruzilhada para onde confluem todos os corolários da violência, pela pressão que exercem suas vítimas sobre os serviços de urgência, de atenção especializada, de reabilitação física, psicológica e de assistência social (OPAS, 1994).

Promover, proteger e defender o direito à saúde por meio de ações e serviços que garantam o acesso e atenção integral contribuirá para a diminuição da violência devendo ser um compromisso dos órgãos públicos e dos profissionais que atendem esta população, já que a rede de serviços de saúde pode ser considerado um

espaço privilegiado para identificação, acolhimento, atendimento, notificação, cuidados e proteção destes/as adolescentes.

Os dados coletados referentes às circunstâncias que envolveram a hospitalização dos/as adolescentes encontravam-se em sua grande maioria nos registros do assistente social elaborados por meio da Entrevista Inicial⁸, a qual foi realizada com 67% dos/as adolescentes e suas famílias no período correspondente à sua internação. Identificou-se que os/as adolescentes, dos quais não foi possível coletar os dados das circunstâncias tinham sido aqueles que não haviam sido atendidos/as pelo Serviço Social.

Fica evidente que a fase da adolescência é permeada tanto por conflitos internos, próprios da transformação física, mental e emocional, quanto por conflitos externos, que dizem respeito a sua família e seus grupos de convivência, bem como à própria organização da sociedade em que vive e aos seus distintos projetos societários.

Compreende-se que o significado do conceito de família é produzido processualmente na história e encontra-se em constante processo de construção. Conceitos conservadores impunham às famílias moldes de configurações; no entanto, hoje há a prevalência do significado dos vínculos afetivos acima dos laços sanguíneos, como explica Prado (1985):

Uma família não é só um tecido fundamental de relações, mas também um conjunto de papéis socialmente definidos. A organização da vida familiar depende do que a sociedade através de seus usos e costumes espera de um pai, de uma mãe, dos filhos, de todos seus membros, enfim. Nem sempre, porém, a opinião geral é unânime, o que resulta em formas diversas de família, além do modelo social

⁸ A Entrevista Inicial consiste num instrumento que norteia a identificação de questões relevantes sobre o usuário e sua família com o objetivo de intervenções, acompanhamentos e encaminhamentos (MANUAL DE ROTINAS, 2014, p. 48).

preconizado e valorizado (PRADO, 1985, p. 23).

As famílias dos/as adolescentes traduzem a configuração dos novos arranjos da sociedade contemporânea, bem como o contexto “socioeconômico e cultural que imprime tensões variadas nas dinâmicas das relações entre seus membros e entre estes e o contexto social, seja no campo objetivo e/ou subjetivo” (MDS, 2001, p. 18). Como bem atesta Ramos (2002)

É necessário entendermos que a adolescência é um período de transição tanto para o próprio adolescente como para família, portanto, o relacionamento familiar é importantíssimo no desenvolvimento psicológico do adolescente. Ele está em busca de uma identidade própria e, portanto, sua família, os aspectos sócio-históricos e econômicos da cultura na qual está inserido, seus amigos e pessoas que o rodeia, poderá intervir neste processo de formação. O adolescente integra-se a um grupo até que, mais tarde, possa definir-se de forma mais segura e madura, sem a grande necessidade de apoio ou identificação (RAMOS, 2002, p. 31).

Para Kaloustian (2008, p. 2), a família proporciona “os aportes afetivos e, sobretudo, materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes”. É ela que insere as primeiras lições educacionais, bem como os valores éticos e humanitários, sendo seus valores culturais perpassados entre as gerações. Fica evidente a importância da família para o adolescente no contexto de sua hospitalização, momento em que se encontra fragilizado pelas condições de saúde e necessita de maior amparo e apoio de seu grupo afetivo que muitas vezes encontra-se em um contexto de vulnerabilidade (p. 118), requerendo uma ação integrada de outras áreas do conhecimento pelas categorias profissionais no âm-

bito hospitalar, bem como do atravessamento das políticas sociais, trabalho desempenhado em sua maioria pelo assistente social, através de sua interlocução com a rede de atendimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas para adolescentes constituem-se em um desafio, se considerados(as) adolescentes como sujeitos de direitos, com o foco na cidadania, com potencialidades para as quais as políticas devem estar articuladas inter e institucionalmente.

Faz-se necessário, sobretudo, investir em serviços que promovam ações para a redução de agravos cujas causas são passíveis de serem evitadas, como os acidentes de trânsito, por exemplo. No que se refere ao ordenamento jurídico que rege direitos de crianças e adolescentes, todos os dispositivos convergem para que sejam prioridade nas políticas públicas.

Contudo a realidade social e familiar, cada vez mais desassistida e vulnerabilizada, tem contribuído para que a efetivação de práticas inclusivas e de promoção tornem-se cada vez menos viáveis. Espera-se que se consolidem modelos cuja essência seja a valorização da vida, o respeito aos direitos humanos com ênfase na mudança de paradigmas que excluem e violam direitos.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Nylson Paim (Org). *Constituição Federal*. 8. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

AGUDELO, S.F. *La Violência: um problema de salud Pública que se agudiza em la región*. Boletim Epidemiológico de la OPS, 1990, p. 01-07.

AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. A. *Encarte nº 1*. São Paulo: Lacri, 2005.

BICUDO, Hélio. *O desafio dos direitos humanos*. In: KEIL, Ivete et al. (Orgs.). *Direitos humanos: alternativas de justiça social na América Latina*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 11-25.

BERQUÍO, E. et al. *Os jovens no Brasil: diagnóstico nacional*. Brasília: CNPD, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOURGUIGNON, Jussara Ayres. *A particularidade histórica da pesquisa no Serviço Social*. Palestra proferida no 2º Seminário Nacional Estado e Políticas Sociais no Brasil. UNIOESTE – Campus de Cascavel. 13 a 15 de outubro de 2005.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 02 mai. 2016.

_____. Ministério da Saúde. 8ª Conferência Nacional de Saúde. Relatório final, 1986.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde do Adolescente e do Jovem. Marco Legal: saúde, um direito de adolescentes / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde. Área Técnica de Saúde do Adolescente e do Jovem – Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. Política Nacional de Assistência Social – PNAS. Brasília: MDS/SNAS, nov. 2005.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Saúde Integral de Adolescentes e Jovens. Orientações para a organização de serviços de saúde. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Diretrizes Nacionais para a Atenção Integral à Saúde de Adolescentes e Jovens na promoção, proteção e recuperação da saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos direitos humanos*. Revista Direito. Santa Cruz do Sul, n. 16, jul./dez. 2001, p. 85-96.

COSTA, Maria Conceição O. *Adolescência: aspectos clínicos e psicossociais*. Porto Alegre: Artmed, 2002.

CUNHA, L. G. H. et al. *A intervenção do Serviço Social em um Hospital de Trauma: novas perspectivas de tecnologias leves*. In: Anuário: produções científicas do Grupo Hospitalar Conceição 2014. v.7, n.1 (2ª se. 2015) Porto Alegre: Grupo Hospitalar Conceição, 2007.

DINIZ, Tânia Maria Ramos Godói. O estudo de caso. In: MARTINELLI, Maria Lúcia (Org.). *Pesquisa Qualitativa: um instigante desafio*. São Paulo: Veras, 1999.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

TORRES, B. L. B. et al. GRUPO BRASILEIRO DE CLASSIFICAÇÃO DE RISCO. Sistema Manchester de Classificação de risco: comparando modelos. Abril, 2014. Disponível em: < file:///C:/Users/Mateus%20Cunha/Downloads/53457bf080903.pdf >. Acesso em: 1 dez. 2016.

KALOUSTIAN, Monang Silvio (Org.). *Família brasileira: a base de tudo*. São Paulo: Cortez, Brasília: UNICEF, 2008.

MELLO, J. M. H. P. et al. *Causas externas: o que são, como afetam o setor saúde, sua medida e alguns subsídios para a sua prevenção*. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 1, n. 1, p. 37-47, 2007.

MOTA, A. E. et al. (Org.). *Serviço Social e Saúde*. 4. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: OPAS, OMS, Ministério da Saúde, 2009.

OLIVEIRA, M. L. C.; SOUZA, L. A. C. *Causas externas: investigação sobre causa básica de óbito no Distrito Federal, Brasil*. Epidemiol. Serv. Saúde. Brasília, v. 16, n. 4, p. 245-250, out./dez, 2007.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Violência y Salud*. Resolución nº XIX. Washington D.C.: Opas; 1994.

OZELLA, Sérgio (Org.). *Adolescências construídas: a visão da psicologia sócio-histórica*. São Paulo: Cortez, 2003.

PLANO ESTADUAL DE SAÚDE: 2012/2015. *Grupo de Trabalho Planejamento, Monitoramento e Avaliação da Gestão* (Org.). Porto Alegre, 2013.

PRADO, Danda. *O que é família*. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1985.

PRATES, Flávio Cruz. *Adolescente. Infrator*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

RAMOS, Angélica Gironi Marins. *A família do adolescente autor de ato infracional*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FHDSS/UNESP-Franca para obtenção do título de Bacharel em Serviço Social. Franca: UNESP, 2002.

RUBIO, David Sanchez. *Repensar Derechos Humanos*. De la anestesia a la sinestesia. Sevilla: Editorial MAD, 2007.

_____. *Encantos y desencantos de los derechos humanos*. De emancipaciones, liberaciones y dominaciones. Barcelona: Icaria, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria Estadual da Saúde. Departamento de Ações em Saúde. Seção de Saúde da Criança e do Adolescente. Política Estadual de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes. Porto Alegre: DAS, abril de 2010.

_____. Secretaria Estadual da Saúde. Departamento de Ações em Saúde. Seção de Saúde da Criança e do Adolescente. *Plano Estadual da Saúde*. Análise Situacional. Porto Alegre: DAS, abril de 2016. (impressão)

ROMAN, Luci et al. *Manual de Normas e Rotinas*. Serviço Social HCR/GHC, dez. 2014.

SILVA, Carla Regina; LOPES, Roseli Esquerdo. *Adolescência e Juventudes: entre conceitos e políticas públicas*. Cadernos de Terapia Ocupacional da UFSCar. São Carlos, jul-dez 2009, v. 17, n. 2, p. 87-106.

SILVA, Elaine Cristina. *O viajante esperado: a atuação do assistente social com adolescentes*. Sociedade & Saúde. Campinas, v. 12, n. 1(15), p. 83-102, jan./jun. 2013.

SILVA, Valéria Getúlio de Brito. Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Construção, ação e debate. In: LIMA, R. B. et al. *Direitos humanos e cotidiano*. Goiânia: Bandeirantes, 2001, p. 14-34.

SIMÕES, Carlos. Curso de Direito do Serviço Social. São Paulo: Cortez, 2007.

TRIPOLI, Suzana Guimarães. *A arte de viver do adolescente: a travessia entre a criança e o adulto*. São Paulo: Arte & Ciência, 1998.

VASCONCELOS, Ana Maria de. *A prática do Serviço Social: cotidiano, formação e alternativas na área da saúde*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

VERONESE, Joseane Rose Petry. *A Proteção Integral da Criança e do Adolescente no Direito Brasileiro*. Ver. TST. Brasília, v. 79, n. 1, jan/mar 2013.

YAMAGUCHI, M. U. et al. *Principais causas de hospitalização de adolescentes em unidade de terapia intensiva na região de Maringá-PR*. *Adolescência e Saúde*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 36-44, out/dez 2014.

DESENVOLVIMENTO URBANO: PLANEJAMENTO, CIDADANIA E DEMOCRACIA

*Mariana Barbosa de Souza*¹

*Verenice Zanchi*²

INTRODUÇÃO

Preambularmente, importa destacar que o período pós-moderno foi determinante para criar-se um rompimento de paradigmas sociais, bem como para que surgissem valores novos, dentre eles a busca do bem-estar e da solidariedade. Presenciou-se a atuação da sociedade civil como protagonista na defesa de direitos difusos e coletivos.

¹ Doutoranda, mestra em Desenvolvimento Regional e bacharela em Direito, todos pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul; Acadêmica no Curso de História-Licenciatura na UNOPAR-Universidade Norte do Paraná; Pesquisadora-membro do OBSERVA-DR; e Pesquisadora-membro do GEPEUR-CNPq; Grupo de pesquisa em estudos urbanos e regionais. Endereço eletrônico: marisouza_10@hotmail.com.

² Doutoranda e mestra em Desenvolvimento Regional pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul; Especialista em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV; Administradora pelo Centro Universitário UNIVATES; Pesquisadora-membro do OBSERVA-DR. Pesquisadora-membro do Grupo de Pesquisa “Desenvolvimento Regional” - CNPq. Endereço eletrônico: verenice.zanchi@gmail.com.

Quanto ao desenvolvimento, o qual foi entendido apenas no que tange ao acúmulo de riquezas (SMITH, 1996) até o começo do século XX, passou a partir de então a ser compreendido ante o olhar do qualitativo. Mediante o afloramento da solidariedade e o engrandecimento da sociedade civil, a ordem econômica passa a ser associada à ordem social. Nesse sentido, Sen (2010) assevera que o grau de desenvolvimento de uma nação é medido pelo tanto de liberdade que tem o seu povo.

No que diz respeito às discussões internacionais, ganha destaque a Declaração dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Conforme esta, até o ano de 2015, os Estados-membros das Nações Unidas assumiriam compromissos com o desenvolvimento. Estes compromissos abarcariam itens como a erradicação da pobreza, bem como o fim do analfabetismo. Para tanto, alguns princípios foram elaborados, como norteadores: liberdade, igualdade, solidariedade, tolerância, respeito pela natureza e responsabilidade comum (ONU, 2000). O pacto assumido relaciona-se com a atuação estatal, a qual se manifesta por meio de políticas públicas direcionadas à concretização de direitos sociais.

Para Dworkin (2002, p. 36) a palavra “política designa, assim, um objetivo a ser alcançado, relacionado à melhoria econômica, política ou social da comunidade”. Por esta razão, as políticas públicas relacionam-se com direitos originalmente previstos por princípios e objetivos previstos na Constituição, bem como fazem com que tratamentos de problemas importantes sejam encaminhados.

Esses fatores associados ao rompimento de paradigmas, instrumentalizam o que se chama de governança, conceito relativo ao fato de governar, no qual boa administração vai além de adminis-

tração e administrado, ou seja, vai além de sociedade civil e Estado. (HUNT, 1993).

Conforme a Comissão Econômica para América Latina e Caribe (Cepal) (2011), para que direitos fundamentais sejam efetivados é importante que haja um ordenamento jurídico, bem como uma rede institucional adequada, sobretudo porque é necessária uma distribuição de competências a respeito da execução e da fiscalização de políticas públicas. É importante existir discussão, participação e, também, um conjunto legislativo que sustente as ações estatais.

Neste ensaio não se tem a intenção de abordar planejamento espacial das cidades, questões tocantes à característica arquitetônica, ou ainda à mobilidade urbana. O viés territorial é uma importante perspectiva do resultado das ações sociais urbanas, porém, a análise aqui dar-se-á sobre o planejamento para o desenvolvimento urbano, a partir do que a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe.

A CF/88 deu ao ordenamento jurídico um novo status que se afasta da democracia representativa e se aproxima da democracia participativa, na medida em que apresenta sugestões para o exercício político, mediante a descentralização do poder, a qual permitiu o envolvimento da sociedade civil em processos de tomadas de decisões. (ABRANCHES, 2003).

Destaque-se que conforme os artigos 174, § 1.º e 182 da CF/88, o planejamento do desenvolvimento urbano deve se dar de forma democrática. Outrossim, importa mencionar que a participação da sociedade civil sofre influências externas, as quais vão desde características culturais até conhecimentos e situações experienciadas que formam conhecimentos. E por esta razão existem

mudanças de comportamento. As tradições e como os sujeitos se relacionam entre si influem nos aspectos políticos, sociais e econômicos. Ademais, outros fatores também exercem influência, como por exemplo a globalização e a competição entre os grandes sujeitos/atores globais.

Para Ferrão (2011), persiste uma tendência de confluência das políticas de ordenamento territorial como decorrência de diversas ações, principalmente, no tocante à globalização dos conhecimentos técnicos e científicos e a emergência de modelos políticos econômicos e sociais diversos, tanto a partir do que Ferrão chama de efeito Mundo, quanto do efeito Europa.

Desta forma, a intenção neste ensaio é apontar a legitimidade do planejamento público democrático para o desenvolvimento urbano, conforme aponta a CF/88, destacando-se que cada vez mais se prima pela proteção das identidades individuais, muito embora todos façam parte de um todo, de uma comunidade, de uma cidade, a qual estão conexos.

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA NO PLANEJAMENTO URBANO

Como dito alhures, no início do século XX, o mundo experienciou duas grandes guerras, as quais ocasionaram grandes transformações sociais, dentre elas o aumento da urbanização. Estas mudanças subdividiram-se em desincorporação e reincorporação de aspectos sociais por outra modernidade. Ou seja, novos valores e comportamentos foram construídos a partir da inclusão de novos elementos (BECK; GIDDENS; LASH, 1995). Nesta ocasião é

possível identificar a discussão por um novo conceito de república, bem como a construção para afirmação de novos direitos.

Em razão disso e, sobretudo, diante da atual perspectiva jurídica, planejamento público não pode ser tido de forma linear, como uma prevenção, mas sim como um plano dialético de vida social e política, o qual dê respeito às características brasileiras, principalmente ao modo de vida das pessoas viverem, o modo como as pessoas buscam decidir suas escolhas políticas e sociais comuns (KUJAWSKI, 1976), a fim de que tudo conflua para o bem comum de todos.

O planejamento pode ser considerado uma das engrenagens que compõem o motor que movimenta a economia do território, pois com a utilização do mesmo o desenvolvimento alcança uma direção mais certa e segura. Assim, planejar o desenvolvimento do território é condição fundamental para intervir no futuro, ou seja, o poder sobre a ação. Território que pode ser: “localidad, región, ciudad, cuenca hidrográfica etc.”. (LIRA, 2006, p. 15).

Nesse sentido, entende-se o planejamento como um ato de antever o futuro, reduzindo riscos através do planejamento das ações. Destarte, o planejamento pode ser considerado uma das maiores ferramentas de articulação de interesses e faz parte tanto da esfera pública quanto da privada. Uma vez que, busca integrar os interesses de diversos grupos na direção de um objetivo maior, mesmo que temporariamente.

Para Papudo (2007, p. 43) “o planejamento é considerado como algo mais operativo, visando um enquadramento das ações projectadas e da obra propriamente dita, prognosticando eventuais medidas para a dinamização do desenvolvimento”. Ainda, para o autor o conceito de planejar significa tomar uma decisão.

Todavia, o planejamento é entendido de acordo com a orientação de quem o pensa, ou seja, para os técnicos, que geralmente são economistas, é pensado no sentido mais restrito – uma atividade de planejadores –, enquanto que para os não técnicos é empregado no sentido mais amplo, abrangendo o estabelecimento e o apoio a instituições de planejamento, sendo assim, político. (DALLAND, 1969).

Segundo Barros (1970) o modelo de planejamento apresentado na esfera nacional é o mesmo utilizado para as regiões, contudo para aplicação do mesmo em escala menor diversas adaptações precisam ser feitas, o que em alguns casos leva à sua descaracterização. Ainda segundo o autor, outros pontos necessitam de atenção, tanto na formulação quanto na implementação do plano nacional ou do regional, a saber: a falta de dados, a centralização ou descentralização; as resistências causadas pela burocracia e a tradução de planos em orçamentos anuais.

Considerando que na esfera pública o planejamento se dá sobre um dado território, a compreensão do mesmo se faz relevante. A evolução do conceito de território na história permeia diversas ciências, todavia advém das ciências naturais, que se iniciaram na geografia e passam por uma série de debates. Essas discussões evoluem até chegar à concepção mais aceita atualmente: uma visão geográfica totalizadora, que considera o espaço geográfico como território usado, apropriado, moldado pelos atores no qual as identidades regionais se destacam. (LENCIONE, 2001).

Nesse contexto, Boisier (1996) defende que o desenvolvimento de um território organizado depende da existência, interação e articulação de seis elementos – atores, instituições, cultura, procedimentos, recursos e entorno, dos quais depende o sucesso

ou o fracasso da região. Cabe destacar que entendemos aqui o território como espaço usado e apropriado por esses atores, no qual sociedade e natureza coexistem, ou seja, os elementos do social e do natural são inseparáveis. (ETGES, 2001).

Santos (2000, p. 104) destaca que o “[...] território usado [...] é tanto o resultado do processo histórico quanto a base material e social das novas relações humanas”. O que, por esse ponto de vista, “[...] permite uma consideração abrangente da totalidade das causas e dos efeitos do processo socioterritorial”. O autor vai além e infere que

O território usado constitui-se como um todo complexo onde se tece uma trama de relações complementares e conflitantes. Daí o vigor do conceito, convidando a pensar processualmente as relações estabelecidas entre o lugar, a formação socioespacial e o mundo. (SANTOS, 2000, p. 104-105).

Também para Etges (2001), o território é a profunda interação entre estar na base da superfície do planeta e a forma como o homem se coloca ali, se apropria, usa e produz. Uma perspectiva de território que gera compromisso com essa superfície. Nessa perspectiva, o território é um espaço em constante processo de transformação, um campo de forças, de contradição entre o vertical e o horizontal, entre o Estado e o mercado, entre o uso econômico e o uso social dos recursos. (ETGES, 2001).

No mesmo sentido Cazella, Bonnal e Maluf (2009, p. 25) destacam que

No transcurso da última década, a noção de território assumiu importância destacada nos discursos dos gestores de políticas públicas de numerosos países, in-

clusivo no Brasil. No que diz respeito à agricultura e ao meio rural, o território aparece cada vez mais como uma entrada programática, inovadora e privilegiada para renovar a concepção do desenvolvimento rural. Mas, apesar da adoção generalizada do conceito, observa-se uma dificuldade dos acadêmicos, dos profissionais do setor e dos próprios gestores de políticas públicas na definição rigorosa do conceito de território e, conseqüentemente, dos instrumentos de intervenção pública.

Portanto,

O Estado deve voltar-se para dentro do seu território, visualizar suas potencialidades e promovê-las, enquanto expressões de conteúdo histórico e cultural de gerações que, de forma multicultural e interétnica, construíram um território único e por isso extremamente valioso. (ETGES, 2001, p. 362).

Para Serpa (2013, p. 25-26)

[...] um processo de territorialização efetiva só ocorre quando nos apropriamos material e simbolicamente de um substrato espacial referencial. Territorializar é se apropriar também corporalmente do espaço, é, no fundo, criar/produzir espaço.

Conseqüentemente, o desafio das estratégias de desenvolvimento dos territórios é essencialmente identificar e valorizar seu potencial endógeno. Trata-se de transformar recursos em ativos, através de um processo de mobilização e arranjos dos sujeitos, freqüentemente em torno de um problema inédito.

Nesse sentido, cabe analisar o processo de territorialização das políticas públicas, de territorialização do desenvolvimento e aquele de territorialização da governança. Governança entendida enquanto um conceito que busca criar responsabilidades compartilhadas, definir o papel dos sujeitos locais e explicitar os interesses

diversos em busca da construção de consensos. Para Farinós Dasí (2008, p. 15) “[...] la gobernanza territorial se entiende como una práctica/proceso de organización de las múltiples relaciones que caracterizan las interacciones entre actores e intereses diversos presentes en el territorio”.

Sendo que as novas formas de governança – participativa e deliberativa –

[...] tendem a valorizar processos de decisão mais descentralizados face ao papel tradicionalmente desempenhado pelo Estado moderno, nuns casos desenvolvidos no âmbito de contextos mais desregulamentados, noutros assentes em mecanismos mais participados, organizados em rede e colaborativos. (FERRÃO, 2010, p. 133).

Ainda para o autor

A maior importância dos mecanismos de governança no contexto das políticas de ordenamento do território reflecte quer uma visão mais estratégica e colaborativa dessas políticas quer a consagração da governança territorial como um elemento essencial de modelos de governação que pressupõem uma maior cooperação entre actores e uma melhor coordenação entre políticas, tanto de base territorial como sectorial. (FERRÃO, 2010, p. 134).

No mesmo sentido Farinós Dasí (2008, p. 13 e 14)

La gobernanza territorial puede ser vista de dos formas: como mera aplicación de los principios de buena gobernanza a la política territorial y urbana o, [...] de formas de planificación y gestión de las dinámicas territoriales innovadoras y compartidas.

O autor vai além e acrescenta que estas formas são “respaldadas por multiplicidad de actores que comparten unos objetivos y conocen y asumen cuál debe ser su papel en su consecución”, ou seja, fala de um planejamento colaborativo. (FARINÓS DASÍ, 2008, p. 14).

De outra banda, no que diz respeito ao desenvolvimento urbano, em uma cidade marcada por déficits sociais e com privilégios visíveis, tanto o planejamento quando a gestão estatal, requerem deliberações mais amplas, objetividade nas prioridades e planejamento rigoroso. Numa visão pautada pela democracia, as prioridades, geralmente, apresentam-se objetivas: garantir direitos e destruir privilégios. (CHAUÍ, 2006).

No caso brasileiro, essa visão teve condições de avançar com o fim da ditadura militar, o qual permitiu uma abertura democrática, consolidando a CF/88. Nesse sentido, conforme Carvalho (2002, p. 199-200):

A Constituição de 1988 eliminou o grande obstáculo ainda existente à universalidade do voto, tornando-o facultativo aos analfabetos. Embora o número de analfabetos se tivesse reduzido, ainda havia em 1990 cerca de 30 milhões de brasileiros de cinco anos de idade ou mais que eram analfabetos. Em 1998, 8% dos eleitores eram analfabetos. A medida significou, então, ampliação importante da franquia eleitoral e pôs fim a uma discriminação injustificável. A Constituição foi também liberal no critério de idade. A idade anterior para a aquisição do direito do voto, 18 anos, foi abaixada para 16, que é a idade mínima para a aquisição de capacidade civil relativa. Entre 16 e 18 anos, o exercício do direito do voto tornou-se facultativo, sendo obrigatório a partir dos 18. A única restrição que permaneceu foi a proibição do voto aos conscritos. Embora também injustificada, a proibição atinge parcela pequena da população e apenas durante período curto da vida. Na eleição presidencial de 1989, votaram 72,2 milhões de eleitores; na de 1994, 77,9 milhões; na última eleição, em 1998, 83,4 milhões, correspondentes a 51 % da população, porcentagem jamais alcançada antes e comparável, até com vantagem,

à de qualquer país democrático moderno. Em 1998, o eleitorado inscrito era de 106 milhões, ou seja, 66% da população.

A Constituição Cidadã objetivou acabar com paradigmas no que diz respeito ao regime político, mobilizando novos espaços para a participação direta da sociedade civil em processos de tomada de decisões.

DESENVOLVIMENTO URBANO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988)

As cidades brasileiras são marcadas por contradições sociais. Este processo é notável desde a fundação da primeira cidade, São Vicente, a qual originou-se sem relação com o bem-estar dos colonos que ali moravam. Era voltada somente à comodidade do capitão-mor, administrador e representante do poder colonizador (CASTRO, 1996).

A urbanização brasileira deflagrou essa característica e é marcada pela concentração de poder e de renda. A agricultura, em algumas regiões brasileiras, influenciou para que emergissem poderes locais/regionais. Pioneiramente foi a cana-de-açúcar seguida pelo ciclo da mineração e a cultura do café. O modelo desenvolvimentista admitido pelo Brasil é marcado pela exportação de matéria-prima, pela industrialização e ainda, mais recentemente, pela modernização da agricultura, além de investimentos nas áreas energética, de transporte e de comunicação.

A realidade dos municípios brasileiros acabou por repetir-se. A ideia de desenvolvimento urbano não passou da mera distribuição orçamentária e de crescimento urbano. Dificilmente criou-se

um espaço a fim de que a sociedade civil pudesse discutir a própria realidade, bem como buscar soluções, ocasionando-se assim processos viciosos na maior parte das cidades, ou seja, com recursos parcos não é possível investir em mudanças e estas não ocorreriam por não existirem recursos para sua promoção. (NORONHA, 2001).

Conforme Carnoy (2003, p. 43) “a mundialização e a nova tecnologia exigem um conhecimento cada vez mais amplo”. Para o autor as tecnologias da informação são ferramentas difusoras de ideias democráticas pelo mundo todo. Entretanto, não tem como assegurar as possibilidades democráticas em sua plenitude. Para Currie (1969), a política urbana utilizada pelos países em desenvolvimento afeta a criação de círculos pelas forças econômicas, os quais podem ser bons ou viciosos. Desta forma, a intervenção do Estado, manifestada pelo planejamento público, deve acabar com os círculos que são viciosos, a fim de movimentar as ações autogestoras, capazes de diminuir a exclusão socioeconômica, bem como reduzir a vulnerabilidade dos sujeitos.

Assim, a questão que permeia a discussão é de que forma o Estado pode agir a fim de concretizar programas que permitam a participação das comunidades e a erradicação da exclusão para formação de círculos bons para o desenvolvimento. Democracia e participação são essenciais para isso. E neste momento o Direito deve agir objetivando a integração e a legitimidade entre os sistemas social, político e etc.

Nesse contexto, constata-se que o cerne de cidadania é formado pelos direitos de participação política, definitivos para mudanças na sociedade civil, nas redes de associações e nas formas de comunicação de uma categoria política elaborada a partir da

mídia. Aqui, cabe destacar, o risco da não existência do controle e regulação social da mídia. Assim, o Direito moderno consegue regular as expectativas comportamentais de uma sociedade que é complexa, sobretudo por sua distinta estrutura de diferentes sistemas e subsistemas sociais. Mas para tanto deverá manter a intenção de solidariedade, a fim de realizar-se processos públicos, incluindo processos de formação de opinião. (HABERMAS, 1997). Pode-se afirmar que isto pressupõe uma adoção de postura mediadora entre os conflitos jurídicos existentes e relacionados a subculturas diferentes.

Para Habermas (1992), o planejamento público-comunicativo deve abarcar vontade política e emancipação cívica das pessoas por meio de uma linguagem comum, a qual permita debater abertamente, no meio social, os anseios da população, com o objetivo de determinar saídas, bem como definir caminhos a serem trilhados pela gestão estatal.

Há uma mudança importante, posto que o Estado seria estabelecedor de uma relação intersubjetiva com a sociedade civil, para construírem algo que diz respeito a ambos. O planejamento público teria eficácia porquanto foi construído aliando deliberações de todos os envolvidos, o que permitiria evitar opiniões hostis, irracionais e ameaçadoras, com o objetivo de construir-se uma razão pública.

A teoria presente na obra de Habermas vai ao encontro do que dispõe a CF/88. Novas experiências de gestão urbana são cada vez mais exigidas, mormente porque colocam em xeque o papel do governo local e, também, da governança local e/ou regional. Parcerias com a sociedade civil podem alterar o panorama, mudando o modelo de poder pré-definido. (SIMÃO, 2006). Destaque-se

que é preciso estimular as comunidades, bem como as instituições a fim de que trabalhem unidas para reafirmar o direito à cidade.

Importa salientar que essas relações políticas entre sociedade e Estado não são criadas da mesma forma, visto que as experiências sociais se dão em espaços e temporalidades distintas. Daí a importância dos municípios, porquanto cabe a ele legislar acerca de interesses locais, conforme dispõe o artigo 30 da CF/88: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local”. Outrossim, é o ente da federação que mais encontra-se próximo das pessoas, das cidades e da população urbana, sendo responsável pela harmonização de programas federais e regionais de/para o desenvolvimento urbano, com o intuito de alcançar-se a função social da cidade.

Na esfera administrativa percebe-se o fortalecimento do ideal de federalismo cooperativo, conforme apresentado por Zippelius (1997, p. 512), como “aquele que impõe um dever de harmonização”. Assim, é obrigação dos entes federativos chegar a um consenso e, se for preciso, assinem compromisso de atuação conjunta.

A CF/88 atribuiu diversas tarefas aos municípios. A descentralização das competências, anteriormente concentradas na União e nos Estados-membros, como as políticas de transporte coletivo, assevera o fortalecimento do ente municipal. O município apresenta-se como um espaço apropriado para o fomento da cidadania, mormente ante a proximidade que detém com os que necessitam de soluções concretas para os entraves cotidianos. (MAGALHÃES, 1999).

Assim, por meio da desconcentração de poderes e do reconhecimento de que desenvolvimento envolve indicativos complexos, que envolvem um conjunto de elementos como a segregação,

a proteção do meio ambiente e questões de identidade, a Constituição Cidadã deu ênfase aos municípios e elaborou uma nova concepção para o desenvolvimento urbano, conforme os artigos 182 e 183:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento)

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Dentre os meios criados para CF/88 para o empoderamento municipal ganham destaque o direito de petição (art. 5º, XXXIV, alínea a) a ação popular (art. 5º, LXXIII) e a iniciativa popular (arts. 14, III; 29, XIII; 61, §1º).

Saliente-se, também, que um planejamento democrático leva em consideração o que retrata o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), o qual dispõe de diversos instrumentos, bem como determina a criação de órgãos colegiados de política urbana como por exemplo os Conselhos Municipais de Desenvolvimento Urbano. Dentre os instrumentos destacam-se: o plano diretor, o orçamento participativo e o estudo de impacto de vizinhança. Lembrando que todos podem ser discutidos em audiências públicas, as quais podem ser convocadas pela Administração Pública, pelo Ministério Público, por entidade civil ou por mais de cinquenta cidadãos (art. 2º, caput, da Resolução 09/87 do CONAMA). É de fundamental importância que o Estatuto da Cidade não se torne obsoleto e apenas mais uma lei dentre tantas outras que versam sobre o desenvolvimento urbano.

Bobbio (2007) assevera que há, no planejamento público descentralizado, uma democracia contemporânea, dotada de nova concepção, a qual substitui a democracia representativa e que considera o sujeito pelos seus múltiplos status, como pedestre, consumidor e etc.

Para o desenvolvimento urbano democrático é importante haver um consenso entre os sujeitos envolvidos, bem como a participação ativa de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando os municípios permitem ou reconhecem, valorizam e institucionalizam novos espaços de discussão, espaços para um planejamento democrático, possibilitam que as questões urbanas sejam entendidas a partir de uma nova concepção. Nas cidades nas quais existem experiências de formas alternativas de gestão, já se identifica a criação de redes que envolvem o interesse público e as verdadeiras necessidades e anseios da maioria das pessoas de determinada localidade.

Tais redes, embora tornem mais complicados os trabalhos de gestão e de discussões, colaboram para uma administração eficaz (SIMÃO, 2006). Além de contribuírem para uma articulação contínua e mudança gradativa de valores da comunidade, assim como auxiliam na preservação identitárias de forma cotidiana, porquanto os sujeitos sentem-se importantes e úteis ao ambiente sociopolítico.

A ineficiência dos serviços públicos, bem como a inexistência de políticas econômicas e sociais colocam a sociedade civil como sujeito principal na reivindicação de direitos e isso causa tensionamentos sociais, sobretudo ante os paradigmas democráticos existentes no Brasil. O Estado deveria esforçar-se no sentido de convergir os interesses com objetivo de promoção do bem comum, por meio da integração de todos os sujeitos envolvidos, principalmente fazendo com que a sua atuação se estenda para o desenvolvimento urbano.

Diante do que foi exposto, importa mencionar que a democracia está intimamente relacionada ao desenvolvimento urbano, desde o incentivo econômico até a superação das desigualdades

sociais que avassalam as cidades. Para existir qualidade de vida é imperioso que o Estado se una à sociedade na elaboração de políticas públicas para efetivação dos instrumentos de planejamento, mormente os que estão contidos no Estatuto da Cidade.

Por fim, o Direito age como mediador dos entraves existentes e causados pelos anseios por desenvolvimento, bem como pelas tradições das localidades e busca sempre a concretização dos valores democráticos existentes nos princípios da CF/88.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Mônica. **Política urbana e governança: o perfil da participação social na região metropolitana de Belo Horizonte**. In: Jupira Gomes Mendonça; Maria Helena de Lacerda Godinho. (Orgs.) População, espaço e gestão na metrópole: novas configurações, velhas desigualdades. Belo Horizonte: PUC/MG, 2003.

BARROS, José. **A experiência regional de planejamento**. In: LAFER, Betty Mindlin (Org.). Planejamento no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 1970.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: uma teoria geral de política**. 13. ed. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOISIER, Sergio. **Em busca do esquivo Desenvolvimento Regional**: entre a caixa-preta e o projeto político. Planejamento e Políticas Públicas, n. 13 (1996). Disponível em: <<http://189.21.130.9/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/135/137>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, DOU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: jan. 2016.

_____. **Lei Federal 10.257, 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da CF; estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, DOU, 11.7.2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: jan. 2016.

CONAMA. **Resolução n. 9, 3 de dezembro de 1987**, DOU, 5.7.1990. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>> Acesso em: jan. 2016.

CARNOY, Martin. **Mundialização e reforma da educação: o que os planejadores devem saber**. Trad. por Guilherme João de Freitas Teixeira. Brasília: Unesco Brasil, IPE, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo Caminho**. 3ª ed. Rio de

Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTRO, José Nilo. **Direito municipal positivo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CAZELLA, A. A., BONNAL, P. e MALUF, R. S. Olhares disciplinares sobre o território e desenvolvimento territorial. In: CAZELLA, A. A., BONNAL, P. e MALUF, R. S. (ORG). **Agricultura familiar: multifuncionalidade e desenvolvimento territorial**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2009.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural: o direito à cultura**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CURRIE, Lauchlin. **Aceleração do desenvolvimento**. Trad. por Luiz Aparecido Caruso. São Paulo: Mestre Jou, 1969.

DALAND, Robert. **Estratégia e estilo do planejamento brasileiro**. Rio de Janeiro: Lidador, 1969.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ETGES, Virginia E. A região no contexto da globalização: o caso do Vale do Rio Pardo. In: VOGT, O. P. e SILVEIRA, R. L. L. (Org). **Vale do Rio Pardo: (re) conhecendo a região**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.

FARINÓS DASÍ, Joaquín. (2008). **Gobernanza territorial para el desarrollo sostenible**: Estado de la cuestión y agenda. Boletín de la A.G.E. N.º 46.

FERRÃO, João. **Governança e ordenamento do território**. Reflexões para uma governança territorial eficiente, justa e democrática. *Prospectiva e Planejamento*, vol. 17, 2010, p. 129-139. Disponível em: <<https://economiadoterritorio.files.wordpress.com/2014/11/governanca-e-ordenamento-do-territorio-c3b3rio.pdf>> Acesso em: 25 fev. 2016.

_____, João. **O ordenamento do território como política pública.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. 146p.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol. I. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUNT, Alan. **Explorations in Law and Society.** Londres: Routledge, 1993.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **O projeto político.** Petrópolis: Vozes, 1976.

LENCIONE, Sandra. Região e Geografia – a noção de região no pensamento geográfico. In: CARLOS, Ana Fani (Org.). **Novos Caminhos da Geografia.** São Paulo: Contexto, 2001.

LIRA, Luis. **Revalorización de la planificación del desarrollo.** Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), 2006. (Serie Gestión Pública, N° 59). Disponível: < <http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/0/36340/lira2006.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder Municipal: paradigmas para o Estado constitucional brasileiro.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MENEZES, Willian Guedes M. D. Do meio natural ao técnico-científico-informacional nos cerrados baianos: uso do território. In: DIAS, Patrícia C. e LOPES, Diva M. F. (Org.) **Cidades médias e pequenas: desafios e possibilidades do planejamento e gestão.** Salvador: SEI, 2014.

NORONHA, Hermano Ferreira; MARQUES, Nivaldo Estrela. **Desenvolvimento municipal: definindo a trajetória.** Campinas: Cati, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Milênio.** Nova York: ONU, 2000. Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>> Acesso em: jan. 2016.

PAPUDO, Rui Miguel. **Indicadores de ordenamento do território:** uma proposta metodológica. 2007. Tese de mestrado em Geografia – Faculdade de Letras – Universidade de Lisboa, 2008.

SANTOS, Milton. **O Papel ativo da Geografia** – um manifesto. In: XXI Encontro Nacional de Geógrafos. Florianópolis – Julho de 2000. Disponível em: <http://www.revistaterritorio.com.br/pdf/09_7_santos.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERPA, Angelo. **Espacialidade do corpo e Ativismos Sociais na Cidade Contemporânea**. Mercator, Fortaleza, v. 12, n. 29, p. 23-30, set./dez. 2013.

SIMÃO, Maria Cristina Rocha. **Preservação do patrimônio cultural em cidades**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre a sua natureza e as suas causas**. Trad. por Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Trad. por Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

A MEDIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA PSICANALÍTICA: UMA RUPTURA COM O PARADIGMA DOMINANTE E OS NOVOS RUMOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E LEI 13.140/2015

Bernardo Girardi Sangoi¹

Miliane dos Santos Fantonelli²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“Dialogar é dizer o que pensamos e suportar o que os outros pensam.” ANDRADE, 1990.

Em tempos onde o diálogo é suprimido pela ditadura da linguagem virtual, na qual o homem ocidental contemporâneo está inserido, torna-se cada vez mais difícil a superação dos mais diversos entraves através do consenso. Mais do que pensar em como

¹Graduando em Direito (9º semestre) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Endereço Eletrônico: bernardosangoi@yahoo.com.br

²Graduanda em Direito (5º semestre) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Endereço Eletrônico: mili_fantonelli@hotmail.com

solucionar problemas, o diálogo é uma mudança paradigmática do contexto que se está submerso. Ora, conversar é uma arte que necessita de alteridade, paciência e – sobretudo – reconhecimento do outro.

Esse último se revela um dos pilares comprometidos da democracia, justamente porque o modo como se vive é de fechamento ao outro, de individualismo e, além disso, de paternalismo. Pode-se dizer que o amor foi esquecido por muitos neste último século, e no lugar dele se plantou o ódio. Este ultrapassa as barreiras do consciente, enraizando-se até mesmo no inconsciente humano, o qual é manipulado, principalmente, pelas informações fornecidas pela grande mídia.

De suma importância, é então, pensar na mediação, dada sua notável contribuição para a valorização do senso de humanidade. Dentro desse contexto, é de se pontuar a edição da Lei 13.140 ou Lei de Mediação, em 2015, que versa sobre a solução de controvérsias entre particulares a autocomposição de conflitos no âmbito administração pública. Além disso, o novo Código de Processo Civil também trouxe novas e melhores posturas. Indispensável, portanto, refletir sobre as possíveis transformações comportamentais que esse novo aparelhamento poderá gerar na sociedade.

Nesta conjectura, revela-se essencial a ruptura com o paradigma dominante, com fins de que o direito não se reduza à exegese, mas cumpra seu importante papel social. Uma das formas de se (re)pensar este sistema, portanto, é a mediação, cuja proposta não é simplesmente pôr termo à lide, mas resolver eficientemente os conflitos.

É neste contexto que se desenvolve o presente artigo, o qual aborda a mediação no Novo Código de Processo Civil e na Lei

13.140 (Lei de Mediação), como potencial para uma mudança comportamental calcada na cultura de diálogo, mudança essa vista sob as lentes da psicanálise. Para tanto, o método empregado no trabalho é o dialético, tendo em vista as contradições e a dinâmica da sociedade complexa atual, marcada pela dicotomia entre o conflito e a premência de diálogo para resolvê-lo. Quanto ao procedimento, adotaram-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e monográfica.

Diante deste quadro, o trabalho em questão encontra justificativa na necessidade de se romper com o paradigma dominante, caracterizado pela animosidade do litígio, e na imperatividade de se fomentar uma cultura de diálogo. Com isso, objetiva-se discutir o Novo Código de Processo Civil, no que tange a mediação, à luz da psicanálise enquanto forma de compreender as mudanças comportamentais, de forma a refletir a importância dos meios complementares de solução de conflitos na sociedade atual.

Assim, a abordagem se articula em duas partes: em um primeiro momento (1), discute-se a mediação no contexto do Novo Código de Processo Civil, enquanto rompimento com o paradigma dominante, para, na sequência (2), abordar a questão da mudança deste paradigma, embasada na psicanálise.

1 NOVOS CONTORNOS DA MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA LEI 13.140/2015: O ROMPIMENTO COM O PARADIGMA DOMINANTE

O pensamento jurídico contemporâneo estruturou-se no ideal liberal difundido na Europa no decurso do século XIX. A

construção de axiomas que propugnam a neutralidade e a constitucionalidade das leis, a imparcialidade do judiciário, o princípio da legalidade, contribuiu para a institucionalização da dogmática jurídica. Contudo, incorreu-se na incoerência metodológica de se elevarem os valores e dogmas à condição de paradigmas da ciência (ROCHA, 2005, p. 52).

Conforme Santos (2002, p. 5), a consolidação do Estado liberal na Europa e na América do Norte, bem como as revoluções industriais, o colonialismo, o imperialismo e o desenvolvimento capitalista foram todos fatores que contribuíram para a edificação de um cenário sócio-político em que se constituiu o paradigma dominante ou, em palavras do autor, a “razão indolente”. Neste quadro, o homem não conseguia projetar sua existência no mundo, tendo se tornado uma máquina a serviço de um sistema tecnicista, racional e burocrático. Foi reduzido integralmente a um “processo maquínico”, em palavras de Moraes (1998, p. 67).

De fato, construiu-se um sistema que consagrava a absolutização da verdade, o que não deixa de ser uma pretensão falsa e infundada, seguindo o raciocínio de Popper (2004, p. 27), mas que na época foi acolhida e se tornou norte da Europa ocidental, contaminando diversos outros países do mundo ocidental. A consequência não poderia ser mais nefasta: diante de um agir instrumental permeado de dogmas (verdades únicas), o ser humano se tornou incapaz de projetar seu “ser-estar no mundo”, construindo laços de aço (MORAIS, 1998, p. 79-80).

Tendo em vista que este se encontrou dominado pela racionalidade, não conseguindo desenvolver suas relações interpessoais expressando seus sentimentos, suas emoções, natural que transferisse este “aço” para o modo como lidaria com os conflitos. Neste

sentido, o direito processual civil deixou nas mãos de um terceiro, o juiz, a solução de litígios entre particulares, bipolarizando a relação em um vencedor e um perdedor, sem dúvida fomentando a animosidade. De acordo com Espíndola (2009, p. 199), diante do quadro liberal-iluminista-individualista, imperava a lógica repressiva na jurisdição, de matriz eminentemente patrimonial e ressarcitória, sendo impensável se conceber a prevenção do ilícito.

Portanto, a instituição de outros meios para se resolverem conflitos revela-se incompatível com o paradigma racionalista. Em meio à crise que perpassa o sistema, face à urgência de se repensarem os novos rumos do direito, a tarefa é desafiadora, especialmente para o Poder Judiciário, haja vista que esta mudança requer uma transformação de cultura (BRASIL, 2015, p. 10).

Imperativa, por conseguinte, a desmistificação dessa verdade única. Morais (1998, p. 81), de modo semelhante, também entende que é imprescindível quebrar o sistema baseado na razão instrumental, para dar entrada a um “processo racional não totalizante e repressivo que permita combater as estruturas asfixiantes das relações intersubjetivas e fomenta o desenvolvimento utópico de um projeto de autonomia para todos”.

Ora, é de se salientar que a estabilidade jurídica não tem o condão de congelar as normas conviviais objeto de sua proteção, sob pena de pôr termo à democracia. Até porque ela não firma compromisso com a perenidade formal de regramentos, mas antes se propõe a defender a liberdade. Não se pode arquitetar, portanto, um arcabouço jurídico rodeado por muros impeditivos de mudanças. A renovação do sistema, bem como a alteração, a mudança, são necessários para o alargamento dos horizontes, e isso não implica em caos (MORAIS, 1998, p. 93).

É sob esta ótica que devem ser entendidos os meios complementares de solução de conflitos na atualidade, com destaque no presente trabalho para a mediação. Importante referir que, embora o Conselho Nacional de Justiça classifique a mediação como meio alternativo de solução de conflitos, se adota, neste trabalho, “meios complementares” de solução de conflitos, visto que segundo Spengler et al (2013):

Será utilizada a expressão “complementar” ao invés de alternativas, por entender que esses meios diferenciados de acessar à Justiça em momento algum tendem a se opor ao Poder Judiciário, mas são sim formas auxiliares de tratar o conflito.

No ponto, cabe destacar que falar de mediação, não é o mesmo que falar de conciliação. A primeira é uma forma em que as partes vão encontrar, através da conversa, uma solução plausível para ambas. Diferentemente, na conciliação, as partes são orientadas pelo conciliador a chegar a um acordo. A diferença parece tênue, mas, na verdade, enquanto a mediação promove a autonomia, a conciliação ainda conta com a figura de um “soberano” que irá intermediar o acordo interpartes.

Ainda, é de se pontuar o histórico (relativamente) recente da institucionalização desses métodos ao julgamento pelo Poder Judiciário. A proposta surgiu no final da década de 1970, nos Estados Unidos, quando o professor Frank Sander propôs o Fórum de Múltiplas Portas (FMP). A ideia era que o Judiciário se estruturasse como centro de resolução de disputas, proporcionando-se a escolha de diferentes processos para cada caso concreto. A premissa basilar era de que existiriam vantagens e desvantagens em cada um dos procedimentos, as quais deveriam ser sopesadas em vista das

características especiais do conflito em concreto, com fins de se determinar qual seria o melhor dos procedimentos a ser adotado (BRASIL, 2015a, p. 19).

Assim foi criada a “Resolução Alternativa de Disputas” (RADs), hoje mais frequentemente conhecida por “Resolução Adequada (ou Amigável) de Disputas”. Partindo do critério de vinculação (ou não) ao processo, os métodos de RADs foram agrupados em dois grandes blocos. Quanto aos processos não vinculantes, estabeleceu-se que a tomada da decisão competiria às próprias partes. Neste se encontra a mediação, juntamente com a negociação e a conciliação. No que se refere aos vinculantes, delimitou-se que a tomada de decisões ficaria a cargo de um terceiro. Se o procedimento for extrajudicial, tem-se a arbitragem e as decisões administrativas; se judicial, a decisão judicial (BRASIL, 2015a, p. 19).

Neste trabalho, destaca-se a mediação, que de acordo com Warat (1999, p. 5-6), é um “acordo transformador das diferenças” que melhora a qualidade de vida das pessoas envolvidas no conflito. Seu histórico remonta ao movimento de acesso à justiça levado a cabo ainda na década de 70, em que se reivindicavam alterações sistêmicas que melhorassem o acesso à justiça para o jurisdicionado. A repercussão da mediação norte-americana, caracterizada por juizados de pequenas causas, acabou influenciando o legislador brasileiro, primeiramente, para incluir a conciliação no sistema dos juizados especiais (BRASIL, 2015a, p. 26-27). Porém, também serviu de norte para a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), conforme se depreende da justificção do Projeto de Lei nº 517/2011, proposto pelo senador Ricardo Ferraço (BRASIL, 2011, p. 9).

Muito embora o país tenha estabelecido a Lei de Mediação no ano de 2015, o exercício da mediação já vem sendo adotado extrajudicialmente. Inclusive, o Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, instituiu-a como política pública, por meio da Resolução nº 125/2010. Em seu art. 2º, verifica-se o objetivo de prestação dos serviços com boa qualidade e de disseminação da cultura de pacificação social (BRASIL, 2010a).

Com relação ao Novo Código de Processo Civil, cuja vigência começou em março de 2016, pondera-se que pode (quem sabe em longo prazo) fazer com que a postura predominantemente paternalista do sistema sofra transformações positivas. Ingenuidade à parte é de se notar que este modelo de resolução de conflitos estimula alteridade e principalmente o diálogo. Até porque, de acordo com o Anteprojeto (BRASIL, 2010b, p. 14), um de seus objetivos é justamente “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”.

Ponto importante a ser observado em meio a este contexto, seguindo o pensamento de Garapon (2001, p.27), é que o ser humano, na realidade, busca a justiça como um refúgio diante de seu desabamento interior. O juiz surge como salvador para solucionar seus problemas, em meio a uma sociedade que, mesmo se pretendendo democrática, não consegue gerir a complexidade e a diversificação por ela criadas. Ocorre que, nesta busca pelo Poder Judiciário, deparou-se com um espaço impositivo, em que o sujeito não conseguia expressar seus sentimentos, dado que a ótica processual se encontrava estritamente arraigada na cognição exauriente e contaminada pelo paradigma racionalista.

A mudança de mentalidade, como se viu, tem sido, sobretudo engajada pelo Conselho Nacional de Justiça, que muito bem

captou a incongruência entre a prestação jurisdicional e a imagem (negativa) que estava sendo impressa do Poder Judiciário (BRASIL 2015a, p. 34):

As pesquisas sobre o Poder Judiciário têm apontado que o jurisdicionado percebe os tribunais como locais onde estes terão impostas sobre si decisões ou sentenças. De fato, esta tem sido também a posição da doutrina, sustenta-se que de um lado cresce a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como, entre outros, a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual; por outro lado, tem se aceitado o fato de que escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é harmonizar a sociedade mediante critérios justos [...] [Também], o que se propõe é a implementação no nosso ordenamento jurídico-processual de mecanismos processuais e pré-processuais que efetivamente complementem o sistema instrumental, visando ao melhor atingimento de seus escopos fundamentais ou, até mesmo, que atinjam metas não pretendidas diretamente no processo heterocompositivo judicial.

Diante destes novos contornos, assume relevância o papel da mediação, caracterizada por ser uma negociação catalisada por um terceiro imparcial, o qual se mostra aberto à compreensão das posições aventadas pelas pessoas em conflito, com fins de buscar soluções que sejam compatíveis aos seus interesses e às suas necessidades (BRASIL, 2015a, p. 20). Contudo, sua imparcialidade afasta-se daquela do juiz, imaginária, com base na lei e nas pretensões trazidas pelas partes. Na mediação, ao contrário, não há uma função de poder, mas sim um discurso de amor em que se busca ajudar as partes a resolver o conflito, mas sem impor sua vontade de forma persuasiva (WARAT, 1999, p. 49-50).

Naturalmente, as partes não necessitam chegar a um acordo, além de poderem encerrar a mediação a qualquer tempo, sem

sofrer prejuízos, haja vista se tratar de processo não vinculante, sem ônus algum de participação. Na realidade, o mediador é quem direciona o procedimento, mas o resultado quem controla são as partes (BRASIL, 2015a, p. 21).

A partir deste quadro, verifica-se que a mediação ao revés da lógica decisionista, não se preocupa com uma sequência ordenadamente rígida dos atos a serem cumpridas. Existe uma maior flexibilidade, que é importante para fomentar o diálogo entre as partes, com a respectiva expressão de seus pontos de vista, emoções, tensões, sentimentos. Logicamente, o conflito existe, e ele deve ser entendido trabalhado, com fins de que as partes cheguem ao consenso. Imperativa é a mudança para a cultura do diálogo, ponto que será explorado a seguir.

2 A MEDIAÇÃO ENQUANTO MUDANÇA PARADIGMÁTICA: DA CULTURA DO CONFLITO À CULTURA DO DIÁLOGO À LUZ DA PSICANÁLISE

Ouve-me, ouve o silêncio. O que eu te falo nunca é o que te falo e sim outra coisa. Capta essa coisa que me escapa e, no entanto vivo dela e estou à tona de brilhante escuridão.

LISPECTOR, 1994.

Aproximar o direito da psicanálise não se mostra tarefa fácil, principalmente por colocar em cheque certos dogmas das práticas forenses. Mais do que isso, associar dois discursos tão distintos não pode ser feito de maneira simplista, uma vez que o direito trata

de uma racionalidade consciente (ROSA, 2004). Coutinho (1996) atenta sobre esta questão:

Ficou patente, por exemplo, que se não pode fazer um discurso psicanalítico do direito e muito menos um discurso jurídico da psicanálise. (...) Os elementos dos campos (direito e psicanálise), por outro lado, não têm a mesma estrutura e não podem ser tomados como lugar-comum. Arriscar a identidade é ceder à comodidade, mas incorreto, para não dizer falso. Atitude empulhadora, deslumbra na primeira aparência pelas fórmulas fáceis, mas oferece o cadafalso no momento seguinte.

Dessa forma, este trabalho pretende analisar os pontos em que há convergência destas duas manifestações, como a mudança do paradigma, enquanto transformação do inconsciente, já que ele é estruturado como uma linguagem (LACAN, 1998). Ou seja, explorar a mediação, como uma ferramenta do direito, a qual se demonstra não apenas uma nova maneira racional de estruturar o consciente da sociedade, mas também do inconsciente da mesma, visto que essa nova forma de pensar os conflitos mexe no imaginário do corpo social.

A mediação, dentro deste contexto, tem grande potencial de transformação da sociedade, a qual ainda se encontra contaminada, em muito, pela cultura do litígio. Ao provocar uma ruptura com o modelo de racionalidade característica da tradição jurídica ocidental, traz em seu bojo que a solução de disputas não se resume a um procedimento formal, na falsa ideia de que uma sentença que ponha fim ao processo resolve todos os impasses no mundo da vida.

Ao revés, parte da ideia de que a sociedade é permeada por conflitos, e entende estes sob o ponto de vista positivo. Essa postu-

ra, conforme o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015a, p. 45), é uma das mais contundentes modificações da moderna teoria do conflito, “a partir do momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos é que é possível se perceber o conflito de forma positiva”.

De fato, partindo dessa premissa, o conflito não deixa de ser uma oportunidade de socialização (GARAPON, 1999, p.52). Inclusive, o Projeto de Lei nº 517/2011, que veio a se tornar a Lei de Mediação posteriormente, justamente ressalta a importância de a sociedade firmar compromisso em resolver os conflitos. Diante do projeto, podem-se depreender duas justificativas que nortearam a proposta legislativa, uma de dimensão psicológica e a outra voltada à preocupação com a cultura do litígio ainda preponderante. Neste sentido, salienta-se a primeira (BRASIL, 2011b, p. 9):

Essa técnica de composição de conflitos não se limita à conciliação dos envolvidos, mas busca resolver as questões emocionais mais profundas que nem sempre são expostas na maneira tradicional de abordagem do problema, seja no setor público, seja no setor privado. Nos dois âmbitos, podem surgir conflitos sociais de diversas espécies e gravidades, que, dependendo do caso, serão solucionados administrativamente ou então levados para a apreciação do Poder Judiciário. [...] [A] mediação, através de profissionais devidamente capacitados, trabalha o pano de fundo do conflito familiar, a fim de que as partes saiam não só com um acordo financeiro em mão, mas também emocionalmente satisfeitas e com a relação social restabelecida.

Portanto, inegável a imperatividade de se fomentar uma cultura de diálogo, cujo comportamento se norteia a valorizar a resolução do conflito como um todo, ou seja, “vencer a batalha” para as duas partes. Mais do que isso, vencer a disputa pessoal e interna,

diluindo emoções conflituosas e negativas, as quais são muito recorrentes em situações de atrito interpessoal.

Surge, neste contexto da comunicação, o conceito de consenso, o qual é de grande valia para o diálogo. Ele gera compromissos, numa estrutura social complexa na qual a coerção, caracterizada pela possibilidade de sanção, já não serve mais como elemento condutor do agir social em relações conflituosas. Consequência disso é que o consenso e a inclusão social surgem como alternativas, ou melhor, grandiosas ferramentas complementares no tratamento de controvérsias (SPENGLER, 2010, p.359).

Oportuno aduzir, contudo, que as escolhas e as decisões não devem ser reflexas de contingências moralmente arbitrárias. Em outras palavras, inspirando-se na concepção Kantiana de autonomia (KANT, 2001), é preciso que as partes queiram fazer uso da mediação e que realmente seja sua vontade, isto é, que ela não seja reflexa de algum tipo de pressão externa ou qualquer fator extrínseco a seu desejo, de algum modo, tendenciosa à sua inclinação. Além disso, a comunicação estimula o consenso (HABERMAS, 1987) e ainda, os casos que se solucionam mediante consenso resolvem, segundo Bacellar (1999, p.130):

não só a parte do problema em discussão, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados. Com a implementação de um “modelo mediacional” de resolução dos conflitos, o Estado estará mais próximo da conquista da pacificação social e da harmonia entre as pessoas.

Warat (2004, p.67), coloca acertadamente sobre este assunto:

A mediação é:

A inscrição do amor no conflito

Uma forma de realização da autonomia

Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos

Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades

Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade

Um paradigma cultural e um paradigma específico do Direito

Um modo particular de terapia

Neste cenário, nota-se que o ser humano é coisificado em prol de um sistema que se pretende infalível, detentor de todas as respostas. Permeia uma “panoptização” do mundo da vida, em que a disciplina, o controle, a vigilância são sobremaneira valorizados, parafraseando Foucault (2013).

É de se notar que, mesmo que a crítica ao paradigma dominante seja pertinente, e que já há reflexões e avanços no que toca à mudança, percebe-se que este processo é lento e gradual. A racionalidade cartesiana se mantém ainda forte, ainda que tenham se passado dois séculos de sua ascensão. Isso porque a massa que forma este paradigma dominante não conhece a dúvida, nem a incerteza, indo ao extremo: a suspeita manifestada logo se transforma em certeza irrefutável, um germe da antipatia se transforma em ódio (FREUD, 2014).

É como se este paradigma que permeia as relações entre as pessoas vendasse seus olhos, fazendo com que suas reações aos mais diversos desacordos fossem manipuladas por aquilo que o “padrão” julga ser o ideal (FREUD, 2014, p.139):

O líder da massa continua sendo o temido pai primordial, a massa continua sendo dominada por uma força irrestrita, anseia pela autoridade num grau extremo, tem, segundo a expressão de Le Bon, sede de submissão³.

Contudo, cada vez mais incompatível se revela este ideário diante da proposta de Estado em que se pretende concretizar direitos fundamentais numa sociedade complexa em que justamente, de alguma forma, paira a incerteza. Ora, se essa dúvida existe é porque esta massa já conta com um novo ponto em comum, provavelmente uma nova orientação emocional, e, portanto, novas formas de encarar os conflitos. Por certo, não é possível querer controlar minuciosamente a sociedade com regras postas e engessadas, intolerantes à dinâmica do fluxo circular que é inerente à natureza da democracia, a qual não é juízo de certeza!

Deste modo, pensar em resolver os conflitos de forma autônoma, então, significa uma mudança no paradigma dominante e, portanto, uma transformação comportamental. As pessoas aos poucos vão mudando sua psique, transgredindo – positivamente – a fim de drenar sentimentos em conflito, através do diálogo e da linguagem transformando, dessa forma, a maneira de desatar suas divergências.

Em vista disso, concorda-se com Warat (1999, p. 6-7) quando afirma que a mediação é instrumento de realização da democracia, cidadania e autonomia, entendido em uma dupla perspectiva, tanto de autodeterminação “em relação a” e “com” o outro. Deste modo, é na diferença que o ser humano se autodetermina, valendo lembrar que este é incompleto e necessita se relacionar com seus semelhantes, convivendo com a conflitividade.

³ Frisa-se que o trabalho utiliza duas vertentes distintas da psicanálise, a fim de explorar a construção do inconsciente a partir da linguagem (Lacan) e a psicologia das massas (Freud). Sabe-se, no entanto, que são linhas diversas, apresentando peculiaridades específicas.

Destarte, a prática da mediação, a qual envolve diálogo, consenso, alteridade e reconhecimento do outro se revela, sobretudo como uma mudança no imaginário que permeia a sociedade. Essa forma complementar de acesso a justiça e de se tratar os conflitos, então, propicia não apenas uma sociedade salutar, como também desenvolve características essenciais para transgredir ao cenário que se monta atualmente: de uma cultura de ódio, conflito e, sobretudo negação do outro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O imaginário contemporâneo, permeado do ideário liberal e do racionalismo, fez com que se formasse um paradigma que se sobrepõe aos demais. É como se um modelo norteasse o comportamento das pessoas nas suas vidas e relações interpessoais, guiando desde a maneira como encaram os conflitos, até a normatização, propriamente, de como esses conflitos deveriam ser geridos.

Esta razão indolente, em que o homem não conseguia projetar sua existência no mundo, fez com que tudo fosse reduzido a processos mecânicos, não havendo espaço para subjetividade, a qual é inerente ao ser humano. Dessa forma, primordial é analisar e (re)pensar a mediação, enquanto forma complementar de acesso à justiça, e ruptura com uma herança cultural que está enraizada no paradigma dominante. Ir de encontro ao sistema de dogmas e, portanto, propor um projeto de autonomia para todos.

Importante destacar, que a mediação, a qual é objeto de estudo deste trabalho, vem sendo estruturada e incorporada no tratamento dos conflitos há algum tempo. O próprio Poder Judiciário,

através da Resolução n^o 125/2010, instituiu como uma política pública. Entretanto, com toda certeza, não se pretende descaracterizar a mediação, enquanto forma alternativa e complementar de lidar com as divergências, mas entende-se que a partir da sua normatização, pode gerar uma mudança comportamental e de ruptura com um modelo profundamente alicerçado no litígio e no paternalismo, gerando dessa forma, autonomia e uma cultura de pacificação social.

Nessa perspectiva que se pode aproximar a psicanálise do direito. Ou seja, romper com o modelo de racionalidade, pautado pelo procedimento formal, significa reestruturar a linguagem do inconsciente das pessoas. Ressalta-se, portanto, a importância da sociedade em firmar compromisso no momento da resolução das mais diversas lides, principalmente através da comunicação, a qual estimula o consenso.

Enxergar o conflito como fenômeno natural e conviver com a conflitividade, fato tão peculiar do ser humano, significa transgredir e alterar o imaginário da coletividade. Porém esse processo é lento e gradual, visto que a dúvida é muito recente nesta massa de certezas.

Em suma, a mediação traz à tona o âmago das pessoas, possibilitando uma resolução mais completa, não apenas do conflito interpessoal, como também dos antagonismos individuais, de cada uma das partes. Isto significa romper com o paradigma dominante! E, justamente neste ponto que a psicanálise contribui para o entendimento das mais diversas emoções que compõem os litígios e também, a maneira como estas pessoas irão desenrolar seus desafetos e discordâncias.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Carlos Drummond. **O Averso das Coisas**. Aforismos. Editora Record. 2ª Edição. 1990.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **A Mediação no Contexto dos Modelos consensuais de Resolução de Conflitos**. In: Revista de Processo. São Paulo, n. 95, p. 122-134, jul.-set. 1999.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015a.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2010a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 28 fev. 2016.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2016.
- _____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2016.
- _____. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010b.
- _____. Senado Federal. Projeto de Lei 517/2011. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95181&tp=1>>. Acesso em: 28 fev. 2016.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal**. In: Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de et al. Curitiba: EdIBEJ, 1996, p. 41-42.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas**: um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?). Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2008. 305p.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. 2ª Edição. Porto Alegre: L&PM, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LACAN, Jacques. **O seminário**: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. (Livro 11), p. 25.

LISPECTOR, Clarice. **Água Viva**. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Fransisco Alves, 1994.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004.

ROSA, Alexandre Moraes da. **DECISÃO NO PROCESSO PENAL COMO BRICOLAGE DE SIGNIFICANTES**. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2004. p. 5

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências**. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 63. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2002, p. 237-280.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion et al. **Mediação comunitária como política pública eficaz e pacífica de tratamento de conflitos**. I Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, 2013. Disponível em:

[file:///C:/Documents%20and%20Settings/pccli/Meus%20documentos/Downloads/10869-2369-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/pccli/Meus%20documentos/Downloads/10869-2369-1-PB%20(2).pdf) Acesso em: 7 mar. De 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: **Em nome do acordo**: a mediação no direito. WARAT, Luis Alberto (org). 2 ed. Argentina: Asociación Latinoamericana de mediación, metodología y enseñanza del derecho, 1999, p. 5-67.

O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO: A BUSCA DE SOLUÇÕES ATRAVÉS DA ECONOMIA SOLIDÁRIA E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Patrick Costa Meneghetti¹

Ana Paula Schimdt Favarin²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pobreza, indiscutivelmente, priva a liberdade e a capacidade das pessoas, fazendo com que muitas delas se insiram no mundo da criminalidade. Segundo dados recentes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os presídios brasileiros enfrentam o problema da superlotação. Verifica-se que há mais de 700 mil pessoas presas no sistema e em prisão domiciliar, com um déficit de mais de 300 mil

¹ Autor. Graduado em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES) e Mestrando em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). E-mail: patrickmeneghetti@hotmail.com.

² Coautora. Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) e Mestranda em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bolsista UNIJUÍ. Ijuí – Brasil. E-mail: ana_favarin@hotmail.com.

vagas³. Verifica-se uma total falta de estrutura; uma identidade deteriorada e o desprezo social ao criminoso acrescido pelo desprezo à condição de pobreza.

Diante desses alarmantes dados, alternativas precisam ser apresentadas. Com a proposta de desenvolver no ambiente prisional uma cultura de paz baseada no respeito mútuo e na utilização de uma comunicação não-violenta, com o aprimoramento das habilidades em prevenir e resolver os conflitos, é que surge a Justiça Restaurativa.

A partir disso, então, é elaborado o presente artigo, o qual, em um primeiro momento discorrerá brevemente sobre a situação do sistema prisional brasileiro, especialmente a partir de dados do Conselho Nacional de Justiça. Em seguida, se propõe a refletir sobre a justiça restaurativa. Em seguida, é feito um estudo sobre a economia solidária, integrando-a a justiça restaurativa, ambas como alternativa para o problema das prisões brasileiros. Encerra-se com as conclusões que o estudo propiciou.

Metodologicamente, o desenvolvimento da pesquisa se baseou, fundamentalmente, no estudo bibliográfico sobre o tema em análise, perpassando por abordagens históricas até as de cunho teórico.

Ressalta-se que a proposta metodológica apresentada não tem a pretensão de exaurir todas as possibilidades que poderão surgir no decorrer da pesquisa. Sobre a utilidade da teoria, Foucault afirma que uma teoria tem que ser uma caixa de ferramentas, e nada tem a ver com o significante, mas é preciso que ela sirva e, mais, que funcione, não apenas para ela mesma (1979, p.71).

³ Dados disponíveis no site <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>>. Acesso em: 10 out. 2015.

Pesquisar “é buscar um centro de incidência, uma concentração, um polo preciso das muitas variações, ou modulações de saberes que se irradiam a partir de um mesmo ponto” (MARQUES, 2006, p.95). Enquanto escrevo, leio meu próprio texto e permito-me aprender, resignificar, reescrever minhas próprias palavras. Essa prática, no entender de Marques (1998, p. 95), é fazer um ato de escrever um constante ato inaugural, já que “à medida que escrevo realizo uma primeira leitura do meu texto, pois busco fazê-lo significativo do que vivo, sinto penso”. Enfim, escrever é um ato de aprendizagem ao escrevente que, ao reler sua obra, encontra nela novas significações.

1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: BREVES DEFINIÇÕES

Ante o cometimento de um ilícito penal, surge para o Estado o poder-dever de punir aquele que viola o ordenamento jurídico e a paz social, retribuindo o mal causado com a comissão do delito com a aplicação de medidas extremas. Assim, a pena privativa de liberdade tornou-se prática constante em nosso atual sistema de justiça penal e é imposta como meio de resposta à infração penal e como medida apta a prevenir futuras condutas e ressocializar o infrator, o que, infelizmente, não acontece.

É cediço que esse ideal ressocializador não se vislumbra e testemunhamos o fracasso do sistema de justiça penal vigente, uma vez que o sujeito ativo do crime, ao ser submetido a uma pena cerceadora de sua liberdade, é fruto de um processo de dessocialização que o torna propenso ao cometimento de outros delitos.

O direito penal é, acima de tudo, uma garantia e a justiça penal organiza-se a partir de uma exigência: garantir uma coexistência pacífica entre os membros da sociedade. Entretanto, é dentro desse sistema de justiça que observamos as maiores atrocidades e insurgências contra os princípios fundamentais constitucionais, notadamente a liberdade e a dignidade da pessoa humana, atuando a pena de prisão como fator criminógeno. O castigo e a violência punitiva como respostas à criminalidade apenas intensificam a própria violência que vitima os cidadãos. Ademais, é curial ressaltar que o modelo tradicional de justiça penal é eticamente inaceitável, uma vez que se pune o mal com outro mal. Assim, o Estado veda que seus cidadãos façam justiça com as próprias mãos, freando a vingança privada, mas aplica uma punição irracional e violenta em desprol dos violadores do Estatuto Repressivo.

Face ao exposto, por que não se em um modelo alternativo de resolução do conflito surgido com o cometimento do ilícito penal? Se constatada a inoperância do atual sistema de justiça penal, em que os direitos constitucionais básicos são desrespeitados, eticamente inaceitável, inviabilizador da ressocialização do apenado, deve-se procurar medidas alternativas ao atual modelo de justiça penal.

O surgimento de um novo paradigma de justiça penal se faz imprescindível no sentido de buscarmos amenizar a fragilidade do atual e retificar as suas falhas, o que não é tarefa fácil. É nesse ideário que surge a Justiça Restaurativa como um novo modelo de solução de conflitos e cuja implantação não implica na supressão do modelo atual.

Um dos conceitos que melhor explica a Justiça Restaurativa é o desenvolvido por Howard Zehr (2008, p. 10):

A justiça restaurativa é um encontro entre as pessoas diretamente envolvidas numa situação de violência ou conflito, seus familiares, amigos e comunidades. O encontro é orientado por um coordenador e segue um roteiro pré-definido, proporcionando um espaço seguro e protegido para as pessoas abordarem o problema e construírem soluções para o futuro. A abordagem tem foco nas necessidades determinantes e emergentes do conflito, de forma a aproximar e corresponsabilizar todos os participantes com um plano de ações que visa a restaurar laços sociais e compensar danos, e a gerar compromissos de comportamentos futuros mais harmônicos.

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções dos traumas e perdas causados pelo crime.

A denominação *justiça restaurativa* é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada “Restitution in Criminal Justice”. Eglash sustentou, no artigo, que havia três respostas ao crime – a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação.

A prática restaurativa tem como premissa maior reparar o mal causado pela prática do ilícito, que não é visto, *a priori*, como um fato jurídico contrário à norma positiva imposta pelo Estado, mas sim como um fato ofensivo à pessoa da vítima e que quebra o pacto de cidadania reinante na comunidade. Portanto, o crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica e anti-jurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça Restaurativa

identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa relação e do trauma causado e que deve ser restaurado.

Imbuída desse mister de reparar o dano causado com a prática da infração, a Justiça Restaurativa se vale do *diálogo* entre as pessoas envolvidas no pacto de cidadania afetado com o surgimento do conflito, quais sejam, autor, vítima e em alguns casos a comunidade. Logo, é avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual socialmente terapêutico seja alcançado.

Porém, para demonstrar que não existe um conceito fechado quanto à definição de Justiça Restaurativa, é importante analisarmos outra linha conceitual, a qual amplia a aplicabilidade desta nova ferramenta:

Justiça Restaurativa é um termo genérico para todas as abordagens do delito que buscam ir além da condenação e da punição e abordar as causas e consequências (pessoais, nos relacionamentos e sociais) das transgressões, por meio de formas que promovam a responsabilidade, a cura e a justiça. A justiça restaurativa é uma abordagem colaborativa e pacificadora para a resolução de conflitos e pode ser empregada em uma variedade de situações (familiar, profissional, escolar, no sistema judicial, etc.) (MARSHALL; BOYARD, 2005, p. 270).

Qualquer que seja a definição dada à Justiça Restaurativa, o ponto elementar consiste em enfrentar as situações de conflitos ou preveni-los a partir da incorporação de valores e princípios. Assim, a Justiça Restaurativa abarca a importância das emoções e sentimentos inerentes à condição humana. Essa abordagem pode

ser identificada quando observamos a cultura em que estamos inseridos:

[...] vivemos numa cultura que desvaloriza as emoções em favor da razão e da racionalidade. Em consequência, tornamo-nos culturalmente limitados para os fundamentos biológicos da condição humana. Valorizar a razão e a racionalidade como expressões básicas da existência humana é positivo, mas desvalorizar as emoções – que também são expressões fundamentais dessa mesma existência – não o é (MATURANA, 1999, p. 221).

Por centrar suas forças no diálogo, no envolvimento emocional das partes, na reaproximação das mesmas, é fundamental esclarecer que não há ênfase para a reparação material na Justiça Restaurativa. Dessa feita, a reparação do dano causado pelo ilícito pode ocorrer de diversas formas, seja moral, material ou simbólica. Como dito alhures, o ideal reparador é o fim almejado por esse meio alternativo de justiça e o consenso fruto desse processo dialético pode resultar em diferentes formas de reparação.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal e caracterizado pelo encontro e inclusão. A voluntariedade é absoluta, uma vez que os componentes da comunidade protagonistas desse modelo alternativo de justiça (autor e vítima) livremente optam por esse modelo democrático de resolução de conflito.

A informalidade também é sua característica, malgrado relativa, distanciando-se do formalismo característico do vigente processo penal. O encontro é requisito indispensável para o desenvolvimento da técnica restaurativa, pois o escopo relacional, intrínseco a esse modelo alternativo, é a energia para se alcançar democraticamente uma solução para o caso concreto.

Por tudo isso, é fácil entender porque a inclusão também é regra da prática restaurativa, uma vez que os cidadãos contribuem diretamente para o processo de pacificação social. Na justiça tradicional, ao revés, o Estado impõe a vontade da lei e o distanciamento dos envolvidos na relação litigiosa é latente, cabendo-lhes, apenas, um papel de meros coadjuvantes.

2 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO SISTEMA PRISIONAL DO BRASIL

O sistema prisional se torna um local propício para a implantação da Justiça Restaurativa, tendo em vista que nesse ambiente se encontra uma maior concentração de pessoas carentes de atenção e com vistas a sua reinserção social, o que permite a tentativa de implantação de uma nova cultura e consequentemente uma mudança de paradigma. A Justiça Restaurativa ainda desenvolve uma política de prevenção de conflitos proporcionando um trabalho efetivo nos presídios, onde os presos assumem o papel de protagonistas, pois a partir deles próprios é que há a possibilidade de se criar uma cultura de paz.

Observa-se, ainda, que a Justiça Restaurativa está baseada em princípios e valores, como o respeito, a humildade, a honestidade, a participação, a interconexão e o empoderamento, os quais vem ao encontro de valores necessários no sistema prisional para construção conjunta de um ambiente seguro e harmônico, para o desenvolvimento de uma cultura de paz e consequente para uma reinserção social pacífica, afinal a revolta e desejo de vingança faz

parte do pensamento de muitos presidiários.

Outro mecanismo utilizado pela Justiça Restaurativa, além dos valores e princípios, é a comunicação não violenta, técnica desenvolvida por Marshall B. Rosenberg, a qual proporciona o aprimoramento das relações entre monitores, vigias, educadores e presos, com o objetivo de que estas relações humanas sejam pacíficas, proporcionando uma conexão sincera e empática entre elas.

Para uma melhor compreensão acerca do conceito de comunicação não violenta, Rosenberg (2006, p.122) esclarece:

O objetivo da CNV é estabelecer um relacionamento baseado na sinceridade e na empatia. Quando os outros confiam que nosso compromisso maior é com a qualidade do relacionamento, e que esperamos que esse processo satisfaça às necessidades de todos, então elas podem confiar que nossas solicitações são verdadeiramente pedidos, e não exigências camufladas.

Nota-se, diante do exposto, que a comunicação não violenta se trata da própria prática restaurativa, pois quando esta ferramenta é utilizada evitam-se mal-entendidos, despindo-se de pré-conceitos e de discursos morais. Comunicando-se de forma clara e honesta, praticando a escuta empática, estar-se-á executando a essência da Justiça Restaurativa.

Dessa forma, após a exposição dos conceitos de Justiça Restaurativa e comunicação não violenta, faz-se necessária uma reflexão a respeito da mudança, tendo em vista que estas modalidades objetivam o desenvolvimento de uma nova cultura, de um novo paradigma, especialmente considerando que o novo e desconhecido têm uma tendência à resistência. Todavia, é preciso ter consciência de que a mudança é possível, a começar pela mudança de cada um.

Nesse sentido, João Vicente Silva Souza muito bem refere:

Habituar-se a este mundo pleno de mudanças não é fácil. Uma ideia leva tempo para consolidar-se. Igualmente, para transformar-se ou degradar-se. É da natureza humana defender-se e resistir ao que lhe é “ameaçadoramente” novo. Principalmente, em um estágio cultural onde ainda pouco aceitamos o outro, suas ideias e suas culturas, onde é difícil reconhecê-lo estando em seu lugar, uma vez que não reconhecemos muito bem nem o nosso próprio lugar nesta relação e no mundo (2002, p.27).

Entende-se que o papel dos educadores de um novo tempo é de alavancar uma formação cidadã, mesmo para a aqueles que, em razão da criminalidade, possam tê-la desrespeitada ou descaracterizada, que venha a desenvolver o surgimento de uma nova cultura com comunidades que saibam viver nas complexidades das relações, com todos os seus conflitos e diversidades. Nesse sentido, Paulo Freire (1979, p. 61) afirma:

Nenhuma ação educativa pode prescindir de uma reflexão sobre o homem e de uma análise sobre suas condições culturais. Não há educação fora das sociedades humanas e não há homens isolados. O homem é um ser de raízes espaço-temporais.

Para corroborar com as afirmações acima referidas, pode-se mencionar o Relatório da Unesco: “Educação, um tesouro a descobrir”, o qual afirma que a educação para o século XXI deve estar alicerçada em quatro pilares: *aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a ser e aprender a conviver*, como possibilidade para uma educação permanente ao longo da vida.

Dessa forma o que se propõe é priorizar as relações, aprimorando a relação consigo mesmo, com o outro e com o meio em que se vive, mesmo no cenário prisional, baseando-se no respeito e principalmente afetividade pelo outro, respeitando sua individualidade. Conforme refere Maturana (1999, p.23):

O amor é a emoção que constitui o domínio de condutas em que se dá operacionalidade da aceitação do outro como legítimo outro na convivência, e é esse modo de convivência que conotamos quando falamos do social.

Esta transformação de educação para paz por meio da Justiça Restaurativa não se faz com grandes ações, mas se realiza no cotidiano, na atitude de cada um, na relação com o outro, na humanização das relações, já que muitas são as manifestações de violência e desrespeito ao ser humano. Porém, ela também pode ser realizada no sistema prisional.

Assim, fica demonstrada a importância de promover uma sensibilização e capacitação em Justiça Restaurativa e comunicação não violenta, primeiramente para os seguranças do sistema prisional e a inserção de educadores, para que todos, após terem se apropriado dos conceitos, princípios e valores desses institutos, possam utilizá-los como uma ferramenta na construção de uma educação para paz.

3 ECONOMIA SOLIDÁRIA: UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL EM UM SISTEMA PRISIONAL EXCLUDENTE

É possível pensar em solidariedade e, conseqüentemente, em movimento cooperativo no cenário de individualismo pelo qual

passa a modernidade líquida atual? O desenvolvimento de uma economia solidária faz sentido no sistema prisional brasileiro como alternativa de ressocialização através da geração de renda?

De acordo com Bauman (2005, p. 11),

À medida que o progresso tecnológico oferece [...] novos meios de sobrevivência em habitats antes considerados inadequados para o povoamento, ele também corrói a capacidade de muitos habitats de sustentar as populações que antes acomodavam e alimentavam. [...] o progresso econômico faz com que modos efetivos se tornem inviáveis e impraticáveis, aumentando desse modo o tamanho das terras desertas que jazem ociosas e abandonadas.

A partir das palavras do sociólogo, pode-se verificar a crise dos grandes sistemas modernos de organização social que têm sua expressão na experiência capitalista e na experiência comunista. Como consequência grande parcela da humanidade vive uma crise pela frustração com o capitalismo, frente aos seus resultados sociais. Vive uma crise pela decepção com a revolução socialista do século XX. Isto é, necessita de novos caminhos, de alternativas.

Organizar uma cooperativa é buscar mudar relações de poder, especialmente, na esfera econômica, relações com o mercado. Porém, certamente, isso implica em profundas mudanças na concepção, organização e funcionamento da sociedade atual. Os cooperantes precisam se descobrir como sujeitos históricos, isto é, constituir-se atores do processo social de desenvolvimento político da sociedade. Por isso, um dos maiores desafios atuais parece ser a capacitação para reagir à dimensão individualista e consumista pelo resgate da dimensão comunitária e cooperativa.

No contexto do sistema prisional, a economia solidária é capaz de empoderar os sujeitos ali inseridos, de forma a capacitá-los

para, ao retomar a liberdade, possuírem uma renda própria, o que, indiscutivelmente, irá facilitar na sua ressocialização.

Por economia solidária se entende, **Economicamente**, como um jeito de fazer a atividade econômica de produção, oferta de serviços, comercialização, finanças ou consumo baseado na democracia e na cooperação, o que chamamos de autogestão: ou seja, na Economia Solidária não existe patrão nem empregados, pois todos os/as integrantes do empreendimento (associação, cooperativa ou grupo) são ao mesmo tempo trabalhadores e donos. **Culturalmente**, é também um jeito de estar no mundo e de consumir (em casa, em eventos ou no trabalho) produtos locais, saudáveis, da Economia Solidária, que não afetem o meio-ambiente, que não tenham transgênicos e nem beneficiem grandes empresas.

Neste aspecto, também simbólico e de valores, estamos falando de mudar o paradigma da competição para o da cooperação de da inteligência coletiva, livre e partilhada. **Politicamente**, é um movimento social, que luta pela mudança da sociedade, por uma forma diferente de desenvolvimento, que não seja baseado nas grandes empresas nem nos latifúndios com seus proprietários e acionistas, mas sim um desenvolvimento para as pessoas e construída pela população a partir dos valores da solidariedade, da democracia, da cooperação, da preservação ambiental e dos direitos humanos⁴.

Como bem disse Singer (2004), “a economia solidária foi inventada por operários, nos primórdios do capitalismo industrial, como resposta à pobreza e ao desemprego resultantes da difusão «desregulamentada» das máquinas-ferramenta e do motor a vapor,

⁴ Segundo informações disponíveis no site < <http://cirandas.net/fbes/o-que-e-economia-solidaria>>. Acesso: 10. abr. 2015.

no início do século XIX”. Sendo que a empresa solidária “nega a separação entre trabalho e posse dos meios de produção, que é reconhecidamente a base do capitalismo”, verificamos que numa empresa deste tipo, o capital é detido por aqueles “que nela trabalham e apenas por eles”.

Já no século XXI, Culti (2006) afirma que a economia solidária tem como antecedente principal o cooperativismo operário que surgiu como forma de reação à Revolução Industrial ocorrida durante o século XIX. Na acepção de Singer (2004) a Economia Solidária é formada, principalmente, por empreendimentos autogestionários atuantes em diversas atividades económicas como a produção, comercialização, consumo e crédito, que, uma vez reunidos em um todo economicamente consistente, cooperando entre si em vez de competirem, constituiriam as bases de um modo solidário de produção podendo superar o sistema capitalista.

Assim sendo, segundo mesmo autor, a economia solidária afigura-se como um modo de produção que, ao lado de outros modos de produção, tais como o capitalismo, a pequena produção de mercadorias, a produção estatal de bens e serviços, a produção privada sem fins lucrativos, entre outras, compõe a formação social capitalista, que apenas é capitalista porque o capitalismo não só é o maior dos modos de produção como também “molda a superestrutura legal e institucional de acordo com os seus valores e interesses”.

Para a sua implantação, porém, importa relembrar Da Silva (p. 292), para quem:

A defesa de que a economia solidária em sua perspectiva de socialização e ressocialização de presos pelos aspectos educativos, encontra mais barreiras em penas de regime semiaberto do que no regime fechado, pois estes estão mais propensos ao estudo e aqueles só esperam o dia clarear para sair atrás de suas atividades,

nunca declaradas. Isso indica que somente a economia solidária poderia cumprir suas perspectivas se estiver acoplada a um programa sistêmico de Estado e de direitos humanos.

Diante do cenário de dificuldades e desafios contemporâneos, pode-se identificar o movimento cooperativo como força social a ganhar lugar na economia da população. O cooperativismo pode se afirmar como um lugar de comunicação a respeito de práticas de produção e distribuição de bens, a partir do qual se podem construir novos caminhos na economia, solidariedade e reciprocidade nos laços sociais, na cultura e na política. Através do cooperativismo, pode-se buscar, cada vez mais, a afirmação da natureza plural da economia: uma economia não apenas atrelada à lógica do capital, mas às necessidades e interesses dos seres humanos.

Santos e Rodríguez (2004) são peremptórios em afirmar que falar em “desenvolvimento alternativo é formular formas de pensamento e acção que sejam ambiciosos em termos de escalas, ou seja, sejam capazes de actuar nas escalas locais, regionais, nacionais, e até mesmo globais, dependendo das necessidades das iniciativas concretas”.

As organizações cooperativas podem ser reconhecidas, especialmente, como expressão das ações locais de desenvolvimento. Porém, mais que o local, a organização cooperativa carrega dentro dela a força política que permite recolocar o ser humano não o capital, no centro da dinâmica da economia. Aliás, esse foi seu sentido histórico (VESTER, 1975).

Entretanto, essas são potencialidades que dependem também muito da vontade política dos sujeitos envolvidos da qual pode nascer um movimento social em favor de mudanças e transformações. Essa visão implica o reconhecimento da supremacia da política so-

bre a economia, especialmente, recolocando-se a discussão sobre o lugar e o papel do cooperativismo, na sociedade.

A prática cooperativa é uma questão, fundamentalmente, econômica. Porém, torna-se uma questão política, social e cultural, na medida em que assume essa importância econômica, seja para seus associados, ou seja, para a sociedade em geral. Diante dessa concepção, abrem-se as práticas cooperativas à educação popular, entendida como um processo de conscientização e politização dos associados, de ação e reflexão. Torres (2008, p. 22) define a educação popular como

un conjunto de prácticas sociales y elaboraciones discursivas em El ámbito de La educación cuya intencionalidad es contribuir a que los diversos segmentos de las clases populares se constituyan em sujetos protagonistas de una transformación de la sociedad em función de sus intereses y utopias.

Por sua natureza social, certamente, as organizações cooperativas podem se tornar espaços de educação, de aprendizagem e de construção de poder, condições necessárias para o enfrentamento das condições adversas do rápido e profundo processo de transformações, especialmente, no mundo do trabalho. Por seu sentido sociológico o movimento cooperativismo pode ser uma reação local com significado político pela constituição de novos atores sociais.

As dimensões culturais e políticas das práticas cooperativas contribuem para que as mesmas também possam conter uma pedagogia que conduza à criação da sensibilidade social necessária para reorientar a humanidade em sua metamorfose para um novo nascimento, de acordo com a expressão de Morin (1998).

Para Da Silva (p. 293), “precisamos ter formas de punir as

pessoas que não necessariamente as mandem para a cadeia, fazendo com que elas respondam pelos seus atos sem que fiquem presas”. Assim, maior punição não garante a efetivação dos direitos humanos na prisão e a proposta de ressocialização contida no código penal brasileiro.

Nesse sentido, “se apresentarmos a economia solidária como um meio de fazer com que esses sujeitos possam ter uma ocupação e uma fonte de renda justa, é possível reverter a situação de muitos dos presentes nas realidades” (DA SILVA, p. 293).

Para Haddad (2005), a Economia Solidária é uma alternativa às relações sociais de produção capitalistas. Já para França-Filho e Laville as atividades consideradas de Economia Solidária são as “[...] iniciativas que articulam sua finalidade social e política com o desenvolvimento de atividades econômicas, introduzindo ainda a solidariedade no centro da elaboração dos seus projetos” (FRANÇA-FILHO; LAVILLE, 2004, p. 161).

Em se tratando de princípios, a Economia Solidária é um modo de produção em que os princípios básicos são: “a propriedade coletiva ou associada do capital e o direito à liberdade individual” (SINGER, 2006, p. 10). Diferentemente do capitalismo cujos princípios são: o direito de propriedade individual aplicado ao capital e o direito à propriedade individual. Neste caso, o resultado natural é a competição e a desigualdade.

Na prática estes princípios dividem a sociedade em duas classes: a classe proprietária ou detentora de capital e a classe que ganha a vida mediante a venda de sua força de trabalho à outra classe, já que não possui capital. E no primeiro caso, o resultado natural é a solidariedade e a igualdade, já que na prática, esses princípios unem todos os que produzem formando uma única classe de traba-

lhadores, que possuem capital igualitário na sociedade econômica ou cooperativa.

Os valores da Economia Solidária, segundo seus defensores, podem ser expressos pelo trinômio: socialmente justo, economicamente viável, ecologicamente sustentável. Santos enfatiza esta ideia de ressurgimento e consolidação de antigos valores em: “[...] o resgate da dignidade humana, do respeito próprio e da cidadania destas mulheres e destes homens já justifica todo esforço investido na economia solidária.

É por isso que ela desperta entusiasmo” (SANTOS, 2002, p. 127). Sendo assim, a Economia Solidária faz surgir antigos valores que até então pareciam esquecidos. Mas que são indispensáveis para a construção de uma nova realidade econômica mais justa e igualitária. Passando a ser então, uma forma de economia que se destina a produzir o bem-estar coletivo e não a acumulação de riqueza como afirma Santos, “a empresa solidária é basicamente de trabalhadores, que apenas secundariamente são seus proprietários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de conclusão reitera-se que a presente iniciativa de implantar a Justiça Restaurativa para promoção de uma cultura de paz sistema prisional é um modo de transformar a realidade social, ficando demonstrado que implementar a concepção da Justiça Restaurativa como forma de prevenção e restauração das relações afetadas pelo conflito no ambiente prisional torna possível a capacidade dos seres humanos preservarem a humanização na convivência social.

A Justiça Restaurativa no âmbito prisional proporciona desenvolver a consciência individual e social presos, tornando-os futuros adultos mais humanos e mais providos de afeto, inclusive mais propícios a tecer relações mais harmoniosas. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa é uma ferramenta extremamente válida para libertação do costume cultural da nossa sociedade que se baseia na culpa e no julgamento.

Entende-se que por mais lento e árduo que seja o processo de implantação e execução das Práticas Restaurativas como forma de prevenção e resolução dos conflitos no sistema prisional, este deve ser mantido e valorado, devido ao fato de ser positivo, nos termos já apresentados no decorrer deste artigo. Isso se mostra necessário, considerando que sempre que se apresenta uma mudança de paradigma, como a Justiça Restaurativa, obstáculos terão de ser ultrapassados, sem que isso provoque o desestímulo ou desistência.

Somado a isso, salienta-se a importância do movimento cooperativo como instituidores de práticas educativas que instalam novas sociabilidades, porque a educação vivenciada caracteriza-se por ser processo de apropriação e compartilhamento de experiências e conhecimentos sobre a realidade social, política, cultural e econômica, enfim, a dimensão pedagógica se desenvolve a partir da ação dialógica dos indivíduos.

Apesar das dificuldades, a economia solidária continua a crescer e são significativos os resultados e os benefícios no campo da geração de postos de trabalho, de rendimento, bem como na fomentação do desenvolvimento local e da preservação do meio ambiente. Dadas as perspectivas “a economia solidária é um desafio num campo aberto de possibilidades” (Culti, 2006), buscando a unidade de produção sem excluir crescentes sectores de trabalha-

dores do acesso aos seus benefícios, gerando crises recessivas, hoje de alcance global. Neste sentido emerge outra qualidade de vida e de consumo, só possível com a solidariedade entre os cidadãos do mundo. A sua proposta é uma actividade económica e social enraizada no seu contexto mais imediato, e tem a territorialidade e o desenvolvimento local como marcos de referência.

Para as sociedades que se encontram debilitadas de políticas públicas pertinentes e com elevados índices de desertificação e carências monetárias para a maior parte da população residente, torna-se extremamente necessário apoio político/institucional que fomente a construção de empreendimentos capazes de fomentar o desenvolvimento local, com melhores vias de acesso, melhores escolas e educação de qualidade, melhoria geral das condições de vida da população e industrialização que beneficie a procura de emprego. Só assim, baseando numa economia solidária, se conseguirá combater a desertificação e desigualdades sociais distribuindo por igual: terra, emprego e condições de vida.

Portanto, a economia solidária carrega dentro dela a força política que permite reinserir o ser humano que não o capital, no centro da dinâmica da economia.

REFERÊNCIAS

BRANCHER, Leoberto, TODESCHINI, Tânia Benedetto e MACHADO, Cláudia. **Justiça para o Século 21: instituindo práticas restaurativas: Manual de Práticas Restaurativas**. Porto Alegre, RS: AJURIS, 2008.

CAPPELLARI, Jéferson. **ABC do Girafês: Abrido janelas para a conexão humana**. Santa Cruz do Sul, RS, 2010.

CULTI, Maria Nezilda (2006). *Economia Solidária: Geração de Renda e Desenvolvimento Local Sustentável*. IV Seminário FAFISH. Acedido em 02 de Abril de 2016, em <http://www.fafich.ufmg.br/nesth/ivseminario/texto6.pdf>.

CULTI, Maria Nezilda (2006). *Economia Solidária: Geração de Renda, Mitos e Dilemas*.

DA SILVA, Enio Waldir. **Estado, Sociedade Civil e Cidadania no Brasil**. Ijuí: Unijuí, 2014.

FRANÇA-FILHO, G. C.; LAVILLE, Jean-Louis. **Economia solidária: uma abordagem internacional**. Porto Alegre, UFRGS, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

HADDAD, F. **Hay que ser solidário pero sin perder la combatividad jamás**. In: MELLO, S. L. (Org.). *Economia Solidária e autogestão: encontros internacionais*. São Paulo, NESOL-USP, ITCP-USP, PW, 2005.

MARQUES, Maria Osório. **Educação/interlocução, aprendizagem/reconstrução de saberes**. Ijuí: Unijuí, 1998.

MARSHALL, Chris; BOYARD, Jim; BOWEM, Helen. **Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática? Uma abordagem baseada em valores**. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça, PNUD, 2005.

MATURANA, Humberto. **Emoções e linguagem na educação e na política**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

MORIN, Edgar; ALMEIDA, Maria da Conceição (Orgs.). **Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 2002.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.

SANTOS, B. S. (Org.). *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SINGER, P. *Introdução à Economia Solidária*. 2. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

SOUZA, João Vicente Silva. **O Projeto Amora: assombros, resistências e potencialidades de uma alternativa interdisciplinar**. Porto Alegre: UFRGS, 138 f. Tese (Mestrado em Educação) – Programa de Pós-Graduação em

Educação da Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

SPOSITO, Marília Pontes. **“A instituição escolar e a violência”**. In: Cadernos de Pesquisa. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, n.º 104, pp.58-75, 1998.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

GESTÃO ADMINISTRATIVA DELIBERATIVA: UMA REFORMULAÇÃO DO PODER HEGEMÔNICO

Rafael Verдум Cardoso Figueiró¹

Larissa Vitória Silveira da Silva²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Administração Pública brasileira está construída a partir de uma concepção estática e hegemônica de poder. Conceitos de patrimonialismo, poder e governo se mesclaram em um só conteúdo. Neste cenário, o Estado acaba voltando sua atenção para o desenvolvimento de técnicas e estratégias que, em verdade, direcionam-se apenas à manutenção do poder impositivo. Diante de tal quadro, é preciso encontrar uma solução para o atingimento de uma gestão pública que esteja baseada em termos jurídicos e,

¹ Advogado, mestrando em Direito UNISC – Santa Cruz, linha de Pesquisa Direito Social e Políticas Públicas. Integrante do Grupo de Estudos Inclusão social e Empoderamento Local, coordenado pelo Pós-Doutor Ricardo Hermany. E-mail: rfaverdum@gmail.com

² Graduanda do 5º semestre em Direito UNISC – Capão da Canoa. Integrante do Grupo de Pesquisa Inclusão social e Empoderamento Local, coordenado pelo Pós-Doutor Ricardo Hermany. E-mail: larissa_vss@hotmail.com

ao mesmo tempo, estaiada sobre uma teoria política que permita a real participação popular.

Para tanto, o primeiro passo é a superação da clássica dicotomia, influenciada pelo pensamento liberal, a qual prega a separação dos espaços de poder entre público e privado. No mesmo diapasão, a concepção de Estado necessita ser reformulado, não podendo mais ser concebido como uma entidade monolítica ou neutral. O modelo hegemônico de poder está distanciado da deliberação e do controle popular, e conduz o Estado a um quadro de inevitável crise de legitimação. Portanto, é necessário alcançar um grau de articulação e ação política capaz de propor uma interlocução entre o público e o privado, resultando em uma maximização da qualidade de vida e das prerrogativas fundamentais.

A busca pela participação popular não pretende superar o modelo de Estado representativo, mormente nos aspectos relacionados à prestação e defesa dos direitos considerados fundamentais. O poder estatal, então, é redesenhado pelo modelo informador do Estado Democrático de Direito. Isto significa que esta nova roupagem não se satisfaz com a simples ideia de representatividade, mas exsurge, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, como um modelo de Estado materialmente democrático, enxergando-se, então, na abertura à deliberação popular uma forma de legitimação de suas decisões.

1 O PODER POLÍTICO

A análise dos contornos que delimitam o poder político pode ser exposta a partir da contextualização realizada por Wolkmer

(2001), no sentido de que até a queda do sistema feudal, em meados do Séc. XV, a estruturas sociais estão permeadas por um poder difuso e diluído. A sociedade do medievo pode ser descrita como uma multiplicidade de centros de poder; cada reino, ainda que ligado ao império, possui uma autonomia mais ou menos plena. Esta situação confere à sociedade da época uma diversidade de sistemas jurídicos e políticos que vão se sobrepondo ao poder central do império.

Esse modelo não logrou sucesso e foi abandonado juntamente com o advento de um novo método de produção. Aliado à queda do modelo feudal de organização social, tem-se o surgimento de um novo modo de produção econômica. Fala-se, neste ponto, da criação dos processos capitalistas de geração de riqueza e do surgimento de uma nova classe social, a burguesia. Tais fatos são responsáveis, pelo menos, por duas grandes transformações na organização social. Primeiro a superação da pluralidade de centros do poder e, em segundo lugar, a centralização do poder político e da produção jurídica. (WOLKMER, 2001, p. 28)

Ao analisar o tema da evolução do sistema jurídico, e por consequência as reformulações que se deram sobre o poder político, Gurvitch (2005, p. 36) demonstra que o surgimento de um Estado centralizador e detentor do monopólio da produção jurídico acabou por absorver toda a complexa coletividade existente nos tempos medievais a uma subordinação incondicional que percorre a modernidade. O entendimento deste fenômeno tem início, portanto, na contextualização acerca do modelo capitalista de produção, o qual suplantou o sistema feudal, bem como no esclarecimento de que o interesse da nova classe, é de uma centralização política e controle estatal da produção normativa.

O surgimento do termo Estado, como ideia de uma organização subordinante, é atribuído a Maquiavel (1998, p. 6). Em sua obra mais famosa, o autor utiliza do termo em conotação diferente do que até então havia sido empregado. Em sua concepção usual o estado era, até então, empregado como sinônimo de situação pessoal – *status*; Maquiavel (1998) passa, então, a colocá-lo como sinônimo de organização social.

Embora a utilização do termo tenha seu prestígio atribuído à obra italiana, este fato não quer dizer que ele tenha sido formulado por Maquiavel. A este respeito, algumas pesquisas desenvolvidas sobre o uso do vocábulo “Estado” nos séculos XIII e XIV, mostraram que a passagem do significado corrente do termo *status* para o sentido de instituição, já ocorrera através da utilização da expressão clássica *status republicas*. *O próprio Maquiavel não poderia ter escrito a frase exatamente no início da obra se a palavra em questão já não fosse de uso corrente.* (BOBBIO, 2007, p.65)

Não obstante as divagações existentes sobre a delimitação e emprego do termo, o certo é que tal teorização perde relevância quando se volta os olhos para os reflexos que Estado, como instituição política e centralizadora do poder, passa a exercer sobre a sociedade. Neste sentido, baseando-se nas ideias expostas por Leal (2006) algumas correntes tentam explicar a relação entre Estado e sociedade, a partir de caracteres de uma natureza humana, tal como os adeptos do conceito rousseano; para outras, como as baseadas nas ideias marxistas, o Estado representa apenas uma manifestação dos meios dominantes de produção situados em determinada época e lugar.

O processo constituição social decorre da inversão do conceito de razão: as leis, a partir do surgimento da modernidade,

passam a serem estabelecidas pela vontade do homem e não por um agir Divino. O Estado e o poder tornam-se objetos passíveis de serem racionalmente construídos e analisados pelo o homem. Sem adentrar nos motivos e nas circunstâncias históricas que influenciaram esta mudança, cabe apenas afirmar que o Estado, enquanto representação de um poder, nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo de associativo a outros atores e com eles se entendendo. (LEAL, 2006, p. 20)

Discorrendo sobre a evolução da organização social, Cruz (2007) demonstra que o surgimento do Estado Moderno, está intimamente ligado ao conceito de Soberania, a qual foi transferida da pessoa do soberano para ser depositada nas mãos da Nação. Este movimento pode é por ele conceituado como Soberania da Nação, segundo o qual o poder estatal dever ser racionalmente exercido mediante instituições constitucionalmente legitimadas. Neste intento, o Estado Moderno auto delimita-se Constitucional, passando a implementar mecanismos de representatividade como técnicas aptas ao exercício do poder político.

A questão que surge a partir desses conceitos é com explicar que o Estado possa revestir-se de uma representação e, ao mesmo tempo, servir-se desta mesma representação para o exercício do poder político. Como pode esta entidade política, ser criador e criatura?

Uma das primeiras respostas encontradas pela doutrina científica é afastar conceitos divinos e políticos. Essas ideias reconhecem no cidadão as condições e possibilidade de desenvolvimento de uma ordem social, desconectada de fundamentações metafísicas. Para que o próprio cidadão possa regular-se é necessário que as regras de conduta estejam claramente expostas; daí a necessi-

dade de um conjunto de leis que claramente restituísse o poder aos indivíduos. Esta ideia de regulamentação social encontra na democracia sua expressão moderna, por meio de representações institucionais.

É nesse sentido que Dahl (2001, p. 31) demonstra que a democracia tem início na identificação da necessidade de um acordo popular para que o governante possa exercer legitimamente o poder político, tornando-se, aos poucos, uma necessidade comum a quase todos os Estados ocidentais. Advinda da antiguidade grega, a democracia tem como origem a administração das cidades-estados. Como as cidades formam ficando cada vez maior e as decisões políticas cada vez mais localizadas no governo central, foram desenvolvidos mecanismos de representação popular que corrigiam a impossibilidade de comparecimento pessoal às assembleias.

Daí então, a difusão do mecanismo de representação como método apto para que a centralização do poder não esvaziasse as práticas democráticas. Se as decisões políticas são realizadas no menor nível da administração, que no caso Grego são as cidades-estados, não se tem porque cogitar de mecanismos de representação; as atividades podem ser muito bem desenvolvidas pessoalmente pelos atores sociais.

Esse sistema de manutenção do poder político conduz a sociedade gradualmente um modelo moderno de Estado, o qual emerge-se sobre os fundamentos (i) da alienação da vontade individual, (ii) da alocação do poder na figura do soberano e (iii) do distanciamento entre aqueles que decidem e os que são atingidos pelas decisões políticas.

Conforme lembra Morais (2005) em certa medida, esse modelo logrou êxito e foi disseminado pela grande maioria dos Es-

tados modernos. Contudo, as conjecturas da contemporaneidade mostram que há um estágio de crise percorrendo as instituições de poder. O poder político já não pode mais ser representado em instituições formais; a vontade dos atores não pode mais ser confiada à representantes e, dessa forma, o modelo de Estado construído na modernidade já não consegue dar conta, por meio de suas representações e repartições funcionais, da complexidade das (des) estruturas sociais.

É possível, então, verificar que a democracia representativa exclui os atores do jogo político e remove a possibilidade que estes promovam o debate sobre os assuntos que lhe são correlatos. Diante destas ideias, conforme afirma Tabarelli (2006, p. 47), a representatividade acaba por incorrer em uma fantochização da democracia; o estabelecimento de uma pseudoliberalidade de escolha, onde as alternativas políticas cedem espaços às certezas econômicas, faz desaparecer nas atores sociais e submete o exercício do poder político às influências de fatores externos, como os de mercado.

Sem aprofundar os aspectos econômicos que influenciam a crise do sistema representativo, mas longe de desconhecê-los, Leal (2010, p. 54) procura demonstrar que a crise do atual sistema democrático decorre, substancialmente, da falta de legitimação das decisões políticas. Neste aspecto, há cada vez mais uma intervenção estatal e um agigantamento dos aparelhos institucionais no sentido da regulação social; em contra partida, não se experimenta um aprofundamento da participação popular democrática. Assim, a crise de legitimação da democracia surge, no exato momento em que as demandas sociais crescem em velocidade geometricamente superior à capacidade de respostas que o Estado. Ainda que este se

mostre cada vez mais capaz de intervir na esfera individual, a sociedade não demonstra uma capacidade de reação a esta intervenção.

Ao tentar encontrar uma resposta para esta celeuma, Leal (2006, p. 20) propõe uma alternativa de relacionamento entre Estado (representante) e Sociedade (representada), demonstrando como o poder político deve relacionar-se com a comunidade que lhe dá forma. A esta solução é apresentada a cogestão administrativa, baseada em pressupostos deliberativos que, embora não superando os mecanismos de representatividade, demonstram capacidade de fundamentação de nova legitimação às decisões políticas.

Isso não significa, entretanto, que a figura de um poder soberano será substituída por relações horizontais de poder; até mesmo porque, se assim fosse, a solução única seria o esvaziamento da própria democracia para o estabelecimento de uma ditadura ou monopólio do poder nas mãos de uma minoria dominante. Nesse sentido, Hermany (2007, p. 51) afirma que a ideia de rediscussão acerca da abertura de espaços locais para o debate político não supera o modelo Estatal, o qual mostra-se tão responsável pela manutenção das garantias e conquistas sociais. Não se pretende, com isto, um reducionismo às liberdades individuais, típico da ideologia liberal-burguesa, apenas que sejam estabelecidas possibilidades de um diálogo permanente entre aqueles que serão afetados pela decisão política e aqueles que tomam a responsabilidade de dizê-la.

Para encontrar solução a essas questões, vale analisar a evolução histórica dos mecanismos de gestão pública, em especial a formação da administração pública no Brasil, para posteriormente estabelecer as premissas necessárias ao atingimento de uma gestão pública deliberativa.

Baseado na teoria habermasiana, Leal (2006, p. 39) aduz que é preciso repensar o modelo de poder estatal e, por consequência, sistema administrativo. Para ele os velhos conceitos de administração pública centralizadora devem ser superados a partir de pressupostos epistemológicos de uma razão comunicativa, onde os sujeitos desse diálogo sejam o Estado e o Cidadão. Esse sistema tende a legitimar a administração pública através de um processo democrático de comunicação política, o qual vai se basear em mecanismos de cogestão pública

A superação do modelo clássico de administração não pode ser atingida através de um movimento que vise apenas uma reforma administrativa. Os interesses das classes beneficiadas pela estrutura estatal centralizadora seriam atingidos de morte por esse movimento e tal reforma por óbvio não teria êxito. Então se faz necessário que haja um movimento de ampla adesão política, o qual só vai se concretizar mediante a partir de ações ético-políticas voltadas ao consenso e ao entendimento social. Essa ação comunicativa decorre de um autoconhecimento social dos sujeitos que compõe a sociedade, bem como do esclarecimento sobre ações e projetos da vida que desejam ter.

Perfazendo uma crítica sobre a atual situação brasileira Leal (2006, p. 41) afirma que a administração pública no Brasil está fechada em circuitos de poderes institucionais (judiciário, legislativo e executivo), como os únicos espaços legítimos de deliberação e execução dos interesses públicos. Segundo o autor, essa visão deve ser superada em razão da própria falência do modelo hegemônico de Estado.

A falência do modelo de um estado com total supremacia se deve em razão de que o aumento qualitativo e quantitativo das

demandas sociais não encontra respostas na tradicional estrutura estatal. Nesse sentido o modelo estatal e a administração pública necessitam ser repensados a partir de um novo modelo de condução democrática da administração. A partir dessas premissas faz-se um a análise da evolução histórica da administração brasileira, desde do seu embrião imperial até a atual concepção demarcada pela Constituição Federal de 1998.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS

A identificação da história brasileira demonstra de vital importância para o presente trabalho. Suas nuances e desenvolvimentos servem para compreender como e porque o modelo burocrático brasileiro é tão circunscrito em seus próprios objetivos e, por consequência, há uma apatia política historicamente instalada nos atores tupiniquins. Desta forma, a análise ainda que ligeira e superficial da Administração Pública no Brasil, se faz necessária, pois é a partir dela que se estabelecem os limites e interesses econômicos e sócias que vão corporificar tanto os movimentos sociais quanto os econômicos e que servirão de base para o estabelecimento dos pressupostos de uma nova ordem acerca da gestão pública.

Neste intento, cabe demonstrar as ideias trazidas por Holanda (2007), quando afirma que por um período que vai desde o descobrimento até quase um século após, o Brasil não foi mais que um porto de passagem entre a Portugal e as terras das Índias Orientais. Somente com a iminente ameaça de invasões que iriam tolher as posses da coroa, é que se dá início a real colonização e adminis-

tração da nova terra. Contudo, a administração é realizada por esforços particulares, pois o reino de Portugal constituiu verdadeiros feudos – chamadas Capitânicas Hereditárias - e os entregou aos seus maiores navegadores para que, por meios próprios, mas em nome da coroa, pudessem explorar e colonizar a terra do pau-brasil. Tem-se aí, o primeiro simulacro de uma administração brasileira, a qual se dá de forma patrimonialista, em uma nítida confusão entre público e privado.

Também tratando do tema da evolução do modelo de administração pública no Brasil, Pereira (2001, p. 01) traça um panorama evolutivo que caminha desde do surgimento de uma administração pública patrimonialista, passando a um modelo técnico-burocrático, até atingir a busca pelo ideal de um modelo gerencial.

Esse desenvolvimento do modelo administrativo só é possível em razão de duas outras transformações. A primeira diz respeito ao desenvolvimento social-econômico que enfrenta a sociedade brasileira após a declaração da independência do Brasil. A segunda leva em conta o modelo de Estado que vai surgindo a partir da proclamação da república. Tanto o desenvolvimento social quanto a evolução estatal conduziram a administração brasileira a um modelo que segundo Leal (2006, p. 91) atualmente não se pode visualizar projetos administrativos coerentes e sustentáveis que ensejem uma reformulação da governança brasileira; ao contrário, o que se observa em uma rápida análise histórica, é que a administração pública no Brasil possui um comportamento unilateral e arbitrário que só ratifica a atávica centralização do poder imperial.

Analisando o surgimento do poder administrativo brasileiro, Faoro (2001) identifica as causas que marcam a administração no Brasil. Seus escritos demonstram o quanto incipiente é a noção

política da sociedade no período colonial, onde o patrimônio do imperial se converte em um Estado gerido por estamentos. Esta estratificação é composta basicamente por funcionários públicos e senhores detentores de terras, aos demais – como trabalhadores livres ou escravos – pouco ou, até mesmo, nada sobrava. A figura do agente público na época ressalta aos olhos do observado: ele é investido e regido por uma delegação centralizadora: o funcionário é o outro eu do rei, um outro rei muitas vezes mais arbitrário e extraviado da fonte de seu poder.

Conforme relata Pereira (2001, p. 01), já a sociedade brasileira ao final do Séc. XIX ainda é uma sociedade com reflexos escravagistas e baseada em uma economia agrícola industrial. A sociedade ainda comportava-se dentro de uma relação dominada pelo binômio senhores x escravo. Aliada a essa estrutura social, havia ao final do séc. XIX uma estrutura estatal que mesclava ideais patrimonialistas e oligárquicos. Este Estado patrimonial e oligárquico é marcado pela existência de que uma pequena elite de senhores da terra e políticos patrimonialistas que dominavam amplamente o país.

Entre o final do Séc. XIX e o início da segunda década do Séc. XX o poder político do Estado brasileiro estava concentrado em um estamento aristocrático-burocrático de pessoas letradas, principalmente formadas em direito e militares, que derivam seu poder e sua renda do próprio Estado. Daí sua marca de patrimonialista, pois os detentores do poder político confundiam o patrimônio estatal com o particular.

A confusão entre público e privado decorre, segundo lembra Pereira (2001, p. 4), da formação social brasileira a qual ao fim do Império e na Primeira República possuía um regime político do-

minado por uma oligarquia em uma primeira fase pelos senhores de engenho do Nordeste e os coronéis de gado do sertão; em uma segunda, pelos primeiros plantadores de café do Vale do Paraíba; e finalmente os cafeicultores do Oeste paulista.

Esse sistema oligárquico forma, juntamente com a burguesia mercantil, a classe social dominante daquela estrutura social. Isto acaba reproduzindo no Brasil o mesmo sistema montado em Portugal no século XIV por Dom João I, o Mestre de Avis: um estamento originalmente aristocrático, formado pela nobreza decadente que perde as rendas da terra, e, depois, vai se tornando cada vez mais burocrático, sem perder, todavia, seu caráter aristocrático.

Essa é a conjuntura sócio-política é confirmada por Faoro (2001), o qual indica uma dominação oligárquica no cenário brasileiro até a metade da primeira quadra do séc. XX, formado por um grupo de detentores de terras que, com o final do império, passa a integrar a estrutura burocrática do Estado. O conhecimento técnico desta classe é oriundo, em grande parte, das faculdades de Direito de Olinda e São Paulo. Tais circunstâncias lhes proporcionavam uma posição estratégica na estrutura administrativa brasileira. Se por um lado os detentores do poder estão tecnicamente habilitados a coordenar a estrutura administrativa, por outro fazem parecer seus os bens que, na verdade, são do Estado.

Conforme lembra Pereira (2001, p. 7) a proclamação da república não foi endossada pela população; foi mais uma intervenção militar que um movimento social. Daí que no período que se seguiu o regime continuava oligárquico, as eleições, fraudulentas; o eleitorado subira apenas de um para dois por cento da população com a República. A estrutura econômica e a estrutura de poder

não haviam mudado. Pelo contrário, com o estabelecimento da federação na Constituição de 1891, e a decorrente descentralização política de um Estado que no Império fora altamente centralizado, o poder dos governadores e das oligarquias locais aumentara ao invés de diminuir. Surge a política dos governadores, que definiria os rumos políticos do país até 1930.

O resultado é a aliança política instável de 1930, que levou não ao Estado liberal, mas ao Estado burocrático e autoritário. O movimento revolucionário, que desembocará na Revolução de 1930 e no governo Vargas, era intrinsecamente contraditório. De um lado, no seu componente principalmente civil, era liberal: protestava contra a farsa das eleições, propondo ampliar-se o eleitorado e instituir-se o voto secreto, demandava anistia dos condenados por razões políticas, queria terminar com o poder das oligarquias locais, de coronéis e jagunços, e regionais, de presidentes de província.

A República fora descentralizadora e oligárquica. O novo Estado fundado pela Revolução de 1930, ainda que conserve elementos da velha aristocracia, será um Estado antes do que qualquer coisa autoritário e burocrático no seio de uma sociedade em que o capitalismo industrial se torna afinal dominante. Diferentemente da estrutura antecessora, a burocracia que se instalou não tinha caráter aristocrático, nem estava circunscrita ao Estado. Além da clássica tarefa política e administrativa, a nova burocracia passava a ter uma função econômica essencial: a coordenação das grandes empresas produtoras de bens e serviços, fossem elas estatais ou privadas.

Enquanto no setor público Getúlio Vargas realizava, nos anos 30, a reforma burocrática, a civil *service reform*, que na França,

Inglaterra e Alemanha, acontecera na segunda metade do século anterior, e nos Estados Unidos, na primeira década deste século, no setor privado o surgimento de grandes organizações empresariais públicas e privadas promovia o surgimento de uma burocracia moderna, voltada para a produção. A reforma burocrática brasileira começa com a reformar do Ministério das Relações Interesses ainda no final dos anos 20, e toma corpo em 1936, sob a liderança de Getúlio Vargas. Nesse ano é criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, que se consolida através de sua transformação, dois anos depois, no DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), que passou a ser seu órgão executor e, também, formulador da nova forma de pensar e organizar a administração pública.

Enquanto o Estado Patrimonial oriundo da república velha teve longa duração no seio da Sociedade Mercantil e Senhorial, o Estado Burocrático, na Sociedade Capitalista, Industrial teve vida curta. Curta porque a industrialização chegou tarde e logo começou a ser substituída pelo sociedade pós-industrial do conhecimento e dos serviços, curta porque a Reforma Burocrática de 1936 também chegou tarde e foi atropelada pela reforma gerencial, que a globalização imporia e a democracia tornaria possível.

Seguindo a análise do desenvolvimento administrativo do Estado brasileiro Pereira (2001, p. 12) que a reforma burocrática mal havia iniciado e já em 1938 temos um primeiro sinal da administração pública gerencial, com a criação da primeira autarquia. Surgia então a ideia de que os serviços públicos na “administração indireta” deveriam ser descentralizados e não obedecer a todos os requisitos burocráticos da “administração direta” ou central. Entretanto, a tentativa da reforma e do seu agente, o DASP, continuava a

ser a implantação de uma burocracia clássica no país, tendo como modelo a reforma na França e nos Estados Unidos.

Em 1964 os militares intervêm pela quarta e última vez na história do país, e por quase vinte anos um regime autoritário modernizador toma conta do país. Celebra-se então uma grande aliança da moderna burocracia civil e militar com as classes médias burocráticas do setor privado e com a burguesia brasileira, que deixava de ser mercantil e mesmo industrial para ser uma classe capitalista diversificada e complexa. Os militares promovem, com a ativa participação de civis, a reforma administrativa de 1967, consubstanciada no Decreto-Lei 200.

Esta era uma reforma pioneira, que renunciava as reformas gerenciais que ocorreriam em alguns países do mundo desenvolvido a partir dos anos 80, e no Brasil a partir de 1995. Reconhecendo que as formas burocráticas rígidas constituíam um obstáculo ao desenvolvimento quase tão grande quanto as distorções patrimonialistas e populistas, a reforma procurou substituir a administração pública burocrática por uma “administração para o desenvolvimento”: distinguiu com clareza a administração direta da administração indireta, garantiu-se às autarquias e fundações deste segundo setor, e também às empresas estatais, uma autonomia de gestão muito maior do que possuíam anteriormente, fortaleceu e flexibilizou o sistema do mérito, tornou menos burocrático o sistema de compras do Estado.

Por outro lado, o poder, que desde 1945 havia sido descentralizado para os estados da federação, e novamente centralizado nas mãos do governo federal. Operava-se, assim, um duplo movimento no Estado brasileiro: a reforma administrativa o conduzia à desconcentração do poder (descentralização administrativa, maior

autonomia de decisão das agências), enquanto no plano político federativo o poder voltava a ser centralizado na União. O aspecto mais marcante da Reforma Desenvolvimentista de 1967 foi a desconcentração para a administração indireta, particularmente para as fundações de direito privado criadas pelo Estado, as empresas públicas e as empresas de economia mista, além das autarquias, que já existiam desde 1938. Através das fundações (que antecipavam as organizações sociais criadas na Reforma Gerencial de 1995) o Estado dava grande autonomia administrativa para os serviços sociais e científicos, que passavam, inclusive, a poder contratar empregados celetistas.

Após uma longa e difícil transição, Pereira (2001, p. 17) lembra que, em 1985 que começa com a reação da sociedade civil ao Pacote de Abril de 1977 e o país retorna ao regime democrático. Com a democracia o poder volta a descentralizar-se para os estados da federação, e agora também para os municípios. Os governadores dos estados recuperam o poder que haviam tido na Primeira República (1889-1930) e na Primeira Democracia (1945-19), ao mesmo tempo que os prefeitos surgem como novos atores políticos relevantes. A crise do Estado autoritário, burocrático-capitalista, de 1964 – crise fiscal e crise política – está sem dúvida na base da descentralização política. Esta, no passado fora resultado do poder de oligarquias locais; agora era demanda da nova sociedade civil que surgira em todo o país.

Então um novo modelo de estado que supere a hegemonia clássica se faz presente; um estado que não seja totalmente interventor, mas que ao mesmo tempo possibilite uma administração voltada ao social. Um modelo administrativo que esteja permeado pelo diálogo social. Assim aparece ser o modelo Estado Subsidiário.

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUBSIDIÁRIA E DEMOCRACIA DELIRATIVA: UM NOVO MODELO DE GESTÃO ADMINISTRATIVA

A noção de subsidiariedade é dada pela ideia de complementariedade. De um lado tem-se o Estado, o qual dispõe da supremacia de poder, do outro estão as pessoas privadas, as quais em uma democracia buscam o máximo de liberdade, mediante o mínimo de restrições possíveis. Diante desta perspectiva, a subsidiariedade surge como superação da dicotomia público x privado, sem estabelecer se um é complementar ao outro.

A subsidiariedade pode ser interpretada ou utilizada como argumento para conter ou restringir a intervenção do Estado, postulando necessariamente o respeito às liberdades dos atores e dos grupos, desde que não sejam retomada as funções minimalistas do Estado Negativo. Esse entendimento é corroborado pelas ideias de Baracho (2010, p. 30) quando o autor afirma que o princípio da subsidiariedade é uma garantia contra a arbitrariedade e que procura inclusive suprimi-la, por meio de uma reorganização política do Estado. No intuito de informar a organização do Estado, o princípio da subsidiariedade prega que este deve deixar à unidade menor, a liberdade de fazer tudo aquilo lhe seja juridicamente possível; sendo que a intervenção estatal deve ocorrer na medida supletiva de apoio aos homens ou na contenção de ilicitudes.

Discorrendo sobre a origem histórica de tal princípio, Martins (2003) lembra que a doutrina católica tem grande influência no seu desenvolvimento. Nele o homem procura sua transcendência social através – dignidade absoluta - da organização social. É a partir da ideia de ajuda mútua entres os sujeitos de uma mesma

comunidade, que o princípio da subsidiariedade é engendrado pela doutrina católica como mecanismo capaz de estabelecer a dignidade das pessoas. Do mesmo modo como se mostra injusto subtrair aos sujeitos tudo aquilo que são capazes de fazer, para assim o confiar a uma comunidade, mostra-se também injusto passar a uma sociedade maior e mais elevada aquilo que a comunidade menor é capaz de realizar. O fim de uma sociedade é a promoção do desenvolvimento de seus membros e não a sua absorção ou destruição.

Seguindo o mesmo entendimento, Baracho (2010, p. 48) afirma que seria injusto reservar a uma sociedade maior aquilo que a menor poderia fazer. Disso pode-se extrair que a sociedade subjacente é subsidiária a Estado e, que os cidadãos que compõem esta sociedade são subsidiários em relação à sociedade.

Assim a ideia de uma administração subsidiária passa a ser vista, então, como um agir estatal intermediário: antes do poder administrativo deferir quais as competências que irá executar, é preciso verificar se o pluralismo social é capaz de executá-las. Sendo iguais as possibilidades de execução, deve-se dar preferência ao menor nível. Nesta seara, a administração subsidiária assemelha-se a uma repartição de competências entre sociedade e Estado; ao mesmo tempo que impede o intervencionismo estatal, exige do próprio Estado ajuda na promoção do pluralismo político mediante uma intervenção supletiva.

Na perspectiva brasileira que aqui se está abordando, a subsidiariedade deve ser vista como a possibilidade de execução local de todas as questões a quais, além de tocarem interesses locais próprios, possam ser desenvolvidas pelos atores e instituições do menor nível administrativo. Fala-se neste sentido, a respeito da possibilidade do alargamento das atribuições administrativas municipais

e, no mesmo sentido, de aberturas de espaços locais destinados ao debate e à participação popular como métodos de (re)construção da gestão administrativa.

As ideias de gestão subsidiária situam-se entre aquelas ações meramente procedimentais, tais como audiências que só ratifiquem decisões previamente definidas, e ações que se digam eminentemente substancialistas, onde não há a possibilidade para o debate tampouco ao questionamento. Diante destes aspectos, Hermany (2007, p. 273) adverte que para sua implementação, a subsidiariedade necessita do surgimento de novas estratégias sócias, que englobem uma participação conjunta entre Estado e Sociedade numa nova dialética capaz de superar a dicotomia público x privado. Tem-se assim a noção de subsidiariedade, a qual não se identifica com mecanismos meramente delegatórios ou suplementares, mas se caracteriza pela abertura de espaços de articulação dentro da esfera local.

É possível verificar uma forte ligação entre as ideias de Hermany (2007) e as propostas de Gurvitch (2005). Este último acredita na regulamentação reflexiva da sociedade, propondo a criação de categorias de Direito que rompam com a lógica da coação incondicional. Desprovido de uma subordinação inafastável, o direito assim produzido dá cumprimento a suas ordens dá por meio da cooperação. O ideal gurvitchiano vê na sociedade uma capacidade de auto-regulamentação, sem descuidar dos imperativos estatais de coordenação, mas delegando ao menor *locus* social a possibilidade de autorregular seus interesses, prescindindo da coação incondicional para fazer valer a ordem jurídica.

Entre as categorias de direito reflexo que, segundo Gurvitch (2005) podem manifestar-se na sociedade, há uma em especial que

se amolda a proposta de uma gestão subsidiária, qual seja, o direito social condensado. Esta categoria situa-se entre a ordem estatal incondicional e à criação de um direito liberal, sem a interferência do Estado. O direito social condensado é um direito criado no âmago da sociedade e, posteriormente, apropriado pelo Estado, mas em qualquer caso, seu cumprimento não se dá pela existência de uma coação incondicional; antes, a via de exigência a que se socorre o direito condensado é a necessidade de integração e a obtenção de acordos mútuos desenvolvidos pelos atores sociais que lhe deram origem.

Alguns mecanismos de participação popular ajudam a reforçar a ideia de um modelo administrativo subsidiário, perpetrado pelo ideal gurvitchiano. Podem ser colocados entre eles as audiências públicas e o acesso popular, por meio dos portais de transparência, ao controle das despesas e patrimônio público. Sem deixar de lado outros importantes mecanismo de consulta democrática, tais como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, as audiências públicas representam a maximização dos debates democráticos e o ambiente favorável ao estabelecimento da gênese de um direito condensado. As discussões que se originam no decorrer de uma audiência pública não são possíveis de ocorrerem em outras formas de participação popular.

Mecanismos de participação e debate, tal como as audiências públicas, mostram-se instrumentos aptos à implantação de políticas democráticas de aperfeiçoamento da gestão; ao agir diretamente no campo da deliberação a respeito da legalidade e da atuação administrativa, estes mecanismos ganham relevo frente a outros modos de atuação estatal. Porém, conforme adverte Hermany (2007, p. 301), a abertura desses espaços deve estar precedida de

um amplo debate social. A construção de uma gestão compartilhada, pressupõe que a participação popular deixe de ser apenas mero instrumento homologatório das decisões tomadas antecipadamente por um corpo técnico e comporte-se como uma ágora capaz de construir o debate sobre a gestão dos interesses sociais

Daí a possibilidade de se afirmar que o debate deliberativo construído no âmbito das audiências públicas é um instrumento apto ao reforço da cidadania, visto que por meio dele os atores sociais têm a possibilidade de se tornarem produtores e consumidores do direito social produzido e reorganizar o exercício do poder estatal a partir da obtenção do consenso. A deliberação propicia, em suma, uma ligação entre a sociedade e o Estado Administrador; onde os atores adotam uma posição atuante nas decisões políticas, deixando de comportarem-se como simples destinatários dos comandos administrativos.

Então, mostra-se imprescindível que, para a concretização destes pressupostos, sejam estabelecidas certas condições ideais de diálogo a entre todos aqueles envolvidos na reconstrução da gestão pública. Diante disto, busca-se apoio na teoria deliberativa habermasiana, principalmente no aspecto que toca a sua opção por um terceiro modelo de democracia. Sem se desaguar em um conteúdo liberal, Habermas (2002, p. 269) busca apoio nas ideias republicanas para estabelecer um terceiro nível de participação popular, a qual denomina de política deliberativa.

Abordando o tema da deliberação na gestão pública, Leal (2011, p. 11) demonstra que em grande parte os teóricos e práticos que até então se tem dedicado ao tema da gestão pública, des-cambam para um modelo democrático que, fundamentalmente, possui a representatividade e a tripartição dos poderes como cerne

de suas divagações e tentativas de reformulações. Neles a repartição tradicional dos poderes e das funções institucionais de Estado é muito pouco questionadas em termos de legitimidade política; a discussão que se faz nestes campos se dá muito mais em termos de suas eficácias conjunturais e a respeito das influências que o mercado, a partir de matrizes de desenvolvimento social, pode exercer sobre a ação política. No mais das vezes, deixa-se de lado a questão da (im)possibilidade de uma gestão pública exercida, senão diretamente pelos atores, no mínimo por mecanismos que promovam a emancipação social.

O pressuposto racional utilizado é o descrito por Habermas (2002), onde a razão instrumental de cunho cartesiano é gradativamente substituída por um processo de diálogo. Neste exercício argumentativo, os atores mostram-se dispostos a abandonar suas preconcepções na busca de um consenso; ao invés de estabelecerem verdades, celebram acordos. Tem-se aí a racionalidade comunicativa, a qual é construída mediante a conjugação de três objetos: (i) o mundo vivido pelos sujeitos, (ii) mundo subjetivo do sujeito e (iii) o mundo social, onde todas as coisas estão reunidas.

Ao se debruçar sobre o tema, Friedrich (2014) demonstra que segundo a teoria habermasiana, o mundo da vida é o pano de fundo sobre o qual a ação comunicativa está voltada e é sobre ele, também, que ela se estrutura. O agir comunicativo está guiado pelo entendimento e sempre ocorrerá no mundo da vida, que é o lugar onde as pretensões de validade que ouvinte e falante trazem do mundo objetivo, subjetivo e social.

É neste cenário de experimentação que serão testadas as verdade e legitimidades. Sua ocorrência faz reforçar a ideia de direito reflexo proposto por Gurvitch (2005) onde autores e destinatá-

rios seriam, ao mesmo tempo produtores e executores do direto. A gestão neste aspecto, encontra uma perspectiva paradoxal, se comparada ao atual quadro em que se encontra: os mesmos agentes envolvidos na execução dos atos de gestão, estão todos eles mergulhados no processo de elaboração; essa situação transcende o tradicional conceito de democracia e de gestão pública.

Nessa mesma perspectiva, Leal (2011) esclarece que a gestão deliberativa, além de proporcionar a redefinição do paradigma da Democracia, torna por redefinir o próprio Estado Democrático de Direito. Os atores sociais aos se apoderarem da ordem jurídica, passam a torna-la parâmetro para seu convívio social.

Esta retomada não está livre de estabelecimentos de critérios para aferir sua segurança e regularidade. Diante desta ressalva, faz-se necessário impor requisitos, que tendem a estabelecer parâmetros de verificação da gestão deliberativa, a saber: 1) a participação na deliberação é regulada por normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, questionar, interrogar e abrir o debate; 2) todos têm o direito de questionar os tópicos fixados no diálogo; e 3) todos têm o direito de introduzir argumentos reflexivos sobre as regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual elas são aplicadas ou conduzidas. *Não há prima facie regras que limitem a agenda da conversação, ou a identidade dos participantes, contanto que cada pessoa ou grupo excluído possa mostrar justificadamente que são atingidos de modo relevante pela norma proposta em questão.* (LEAL, 2011, p. 67)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto pode-se concluir que o atual modelo administrativo já não supre as necessidades de uma sociedade hiperdimensionada. Disto decorre a necessidade de uma administração que materialmente implemente uma democracia deliberativa, no intuito de proporcionar um permanente diálogo entre os sujeitos componentes da sociedade e o Estado administrador.

Essa nova concepção administrativa tende a romper com o tradicional modelo de democracia representativa. A partir do momento em que os procedimentos de gestão pública são redefinidos, o um novo conceito de administração passa a ganhar espaço. Por consequência, uma administração voltada à participação popular, a qual oportuniza mecanismos de controle e participação social, se mostra embrionária de um novo modelo estatal.

Contudo o modelo de Estado permeado pela participação e pelo controle social, não supera a clássica estrutura estatal. Os avanços democráticos e as garantias sociais concretizados pelo tradicional modelo de estado não podem ser abandonados em nome de um novo quadro administrativo. A noção de Estado Hegemônico deve ser gradativamente substituída pela implementação da noção de Estado Subsidiário e, desta forma, o conceito de administração passa a ser adjetivado pela deliberação social. Neste cenário, as ações administrativas são residualmente absorvidas pelo poder estatal, toda vez que poder social não puder efetivamente suprir as demandas.

É nesse diapasão, que convergem as teorias de um direito social, o qual ao mesmo tempo que é destinado aos atores sociais encontra nestes destinatários sua fonte de formação, e de consenso

argumentativo, o qual vê na articulação política dos cidadãos a legitimidade de decisão sobre assuntos que lhe afetem diretamente. A par deste conteúdo político, o surgimento de mecanismos como o da participação popular por meio de audiências públicas e o controle dos atos administrativos por meio dos portais de transparências, evidenciam o surgimento do novo conceito de gestão pública: a cogestão participativa.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade: Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Por uma teoria geral da Política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. *Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n°2, p. 69-97, dez. 2007

Dahl, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília. 2001.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt. *Controle da Corrupção: caminhos para a política pública de controle a partir das contribuições da teoria procedimental da democracia contemporânea*. 2014. 294 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado)-Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul. 2014

GURVITCH, Georges. *La ideia del Derecho Social*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002

HERMANY, Ricardo. (Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul. EDUNISC: IPR, 2007.

- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *A época colonial: do descobrimento à expansão territorial*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006
- _____. Participação Social na Administração pública. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 51-76.
- _____. Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. Demarcações conceituais preliminares da Democracia deliberativa: matrizes Habermasianas. In:_____. *A Democracia Deliberativa como nova matriz de Gestão Pública: alguns estudos de casos*. [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Disponível em: www.unisc.br/edunisc. Acesso em: 30 de maio de 2016.
- MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O Princípio da Subsidiariedade em Perspectiva Jurídico Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MAQUIAVEL, Niccóló. *O Príncipe*. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 1998.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado. In: ESPINDOLA, A. S., et. al. (Org.). *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 09-27.
- PEREIRA, Bresser. *Do Estado Patrimonial ao Gerencial*. Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73estadopatrimonial-gerencial.pdf> >. Acesso em: 30 mai. 2016
- TABARELLI, Liane. *O Direito na era Globalizada: Desafio e Perspectivas*. Santa Maria: Imprensa Universitária, 2006.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

UM INTROITO ACERCA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL: NOÇÕES CONCEITUAIS E JURÍDICAS

*Ramon Matheus Rockenbach*¹

*Caroline Rockenbach*²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Durante todo desenvolvimento da humanidade, podemos perceber a existência de grupos discriminados e marginalizados nas sociedades. Essas desigualdades prejudicam o Estado Democrático de Direito, pois ferem a representatividade da população, fazendo com que minorias estejam equidistantes da igualdade tão almejada por nossa República.

Tomando consciência destas mazelas, o legislador deve criar medidas de incentivo e favorecimento desses grupos, ao menos em um primeiro momento, para que alcancem êxito e galguem posições igualitárias na sociedade. Uma das formas encontradas

¹ Bacharelado em Direito - UNIVATES - ramonmatheusrockenbach@gmail.com

² Bacharela em Direito - UNIVATES - carockenbach@hotmail.com

para garantir que se chegue a esse resultado é a política de ações afirmativas.

Este trabalho tem como objetivo aprofundar o conhecimento acerca das ações afirmativas, passando por sua história, conceitos, normatividade constitucional e infraconstitucional, legalidade/constitucionalidade, bem como trazer exemplos das políticas de ações afirmativas de gênero, raça/etnia e condição física vigentes no Brasil com o objetivo de se chegar a uma definição satisfatória do instituto, possibilitando uma análise contextualizada.

1 UMA BREVE ABERTURA AO TERMO: HISTÓRIA, NOÇÕES E CONCEITO

As ações afirmativas no Brasil somente tiveram um grande impulso com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O termo ação afirmativa chega carregado de sentidos, o que reflete os embates e experiências históricas dos diversos países onde foram desenvolvidas e amoldadas à realidade e a necessidade temporal e espacial daquele país. Assim, aqui no Brasil não seria diferente, seu sentido e finalidade vem atrelados à realidade de nosso povo, nossas carências, preconceitos e com o claro objetivo de crescimento social e democrático da sociedade (MOEHLECKE, 2002).

A origem da expressão é norte-americana, e é vinculada aos decretos presidenciais de 1961 e 1965 assinados pelos então presidentes Kennedy e Johnson, e visavam promover oportunidades equânimes no campo de emprego, sem discriminação de raça, credo, cor ou nacionalidade (MENEZES, 2001).

Mochlecke (2002) mostra que nos anos 60 os Estados Unidos passavam por um período de reivindicações democráticas com foco principalmente nos direitos civis, objetivando igualdade de oportunidades para todos. Com isso, as principais leis segregacionistas começaram a ser eliminadas, e muitas lideranças negras começam a ter destaque nacional. É nesse contexto que se começa a desenvolver a ideia de ação afirmativa exigindo que o Estado garanta leis antissegregacionistas frente às condições da população negra.

Nesse sentido, em forma de uma resposta do poder público às necessidades, carências e anseios da sociedade negra, o conceito de ação afirmativa esteve mais atrelado a uma perspectiva histórica, do que ideologias de propósito, uma vez que os Estados Unidos tinha um claro objetivo de abrandar as revoltas e os motins ligados ao movimento negro, até então esse ambiente hostil e destrutivo era desconhecido para grande parte dos americanos brancos (KAUFMANN, 2007).

Contudo, embora esse movimento do Estado norte-americano possa parecer um avanço, o exposto ainda se situa na fase em que as ações afirmativas eram tidas como medidas de não-discriminação com puro objetivo de atuarem por meio da repressão a discriminadores ou potenciais discriminadores e não como políticas de inclusão, que visam a prevenção e reparação, na tentativa de concretizar a igualdade formal e material, conforme sustenta Kaufmann (2007, p. 171):

Como se observa dos textos das Ordens Executivas n° 10.925 e 11.246, os governos de Kennedy e Johnson não iniciaram as ações afirmativas conforme as entendemos hoje. Originalmente, o conceito de ação afirmativa significava uma política institucionalizada de combate à discriminação e não medidas de inclusão

propriamente ditas. É que, à época, acreditava-se que o simples fato de o governo deixar de apoiar a discriminação [...] já sinalizava vultuosos ganhos para a comunidade **negra**.

Menezes (2001) esclarece que, por mais que a expressão tenha sido cunhada pela primeira vez nos Estados Unidos, essa política não foi inventada por eles. A Índia, em 1948, por meio do artigo 16 da Constituição faz referência à reserva de postos nos serviços públicos para classes de cidadãos desfavorecidos e para castas ou tribos que não estejam devidamente representados. Para Sowell, (2004) a Índia foi o grande pioneiro na adoção de políticas de quotas, ao longo dos anos ela criou um vasto e complexo sistema de reservas, principalmente quanto ao acesso à educação e trabalho. Carvalho (2005, p. 185) diz que “a Índia é o país com a mais longa história e experiência de ações afirmativas no mundo”.

A consequência da implementação das ações afirmativas na Índia são conflitantes. Mendelsohn (1999) sustenta que essa política só tem propiciado vantagens significativas para uma minoria restrita dentre a indiana. Mallick (1997) sugere que elas produzem efeitos simbólicos, pois essas medidas alteram de fato o estado em que vive toda a comunidade vítima de preconceito e discriminação na Índia, não somente daquele indivíduo que usufrui diretamente da ação. O autor explica ainda que o fato de existir uma elite beneficiada pelas ações incomoda não ao grupo alvo, mas, sim, aos membros das castas mais elevadas da sociedade indiana.

Piscitelli (2009, p.7) traduz o texto Constitucional indiano que faz referência à reserva de postos nos serviços públicos para classes de cidadãos desfavorecidos e para castas ou tribos que não estejam devidamente representados, como podemos ver:

(4) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva de compromissos ou postos em favor de qualquer classe desfavorecida de cidadãos que, na opinião do Estado, não esteja adequadamente representadas nos serviços públicos.

(4A) Nada neste artigo deve impedir o Estado de prover a reserva em matéria de promoção para qualquer classe ou classe de postos nos serviços estatais em favor das castas e tribos incluídas as quais, na opinião do Estado, não estão adequadamente representadas nos serviços públicos.

Evidentemente, as ações afirmativas não ficaram restritas aos Estados Unidos e a Índia, experiências semelhantes foram observadas em países da Europa Ocidental, Austrália, Malásia, Nigéria, África do Sul, Canadá, Argentina, Cuba dentre outros, já que, as experiências iniciais estavam surtindo efeito em nas comunidades onde eram implantadas, e de certa forma, em alguns momentos dissipando conflitos seculares que dividiam os países (MOEHLECKE, 2002).

Referindo-se ainda a experiência norte-americana, não há como negar os benefícios das ações afirmativas naquela realidade, quando bem planejadas, e levando em consideração as vivências de cada uma das sociedades (GOMES, 2001).

Ribeiro (2011) afirma que, constatados os resultados obtidos com essa política principalmente na Índia e nos Estados Unidos, o parlamento brasileiro começa a debater projetos de lei com finalidade de obter esses mesmos resultados no Brasil, já que é flagrante a segregação do sistema educacional brasileiro, do mercado de trabalho e emprego; e, com a redemocratização do país, os movimentos sociais começam a exigir uma postura mais ativa do Poder Público diante das questões como raça, gênero e etnia.

Diante da necessidade de se conhecer e entender os mecanismos das ações afirmativas, percebemos que seu conceito mudou, passando da fase de ação não-discriminatória – formas de reprimir os discriminadores ou conscientizar aqueles que possam vir a discriminar – para um momento de políticas que visam alocar recursos em benefício de pessoas que pertencem a grupos discrimina-

minados e vitimados pela exclusão social e econômica no passado e no presente. Essas medidas têm como escopo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, e de gênero, majorando a participação destas minorias no acesso à educação, ao emprego, à política (MENEZES, 2001).

Santos (2005) conceitua as ações afirmativas como sendo políticas públicas ou privadas voltadas especificamente para grupos sociais discriminados em função de alguma característica, como pode-se ver:

Como foi visto, ação afirmativa é uma política específica para determinados grupos sociais que foram e/ou ainda são discriminados em função de algumas de suas características reais ou imaginárias. Essa política pode ser implementada pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo pela iniciativa privada. (SANTOS, 2005, p. 23)

Já para Soares (2000), ações afirmativas são ações que buscam corrigir desigualdade entre gênero e raça, e as quotas são uma estratégia de correção dessas desigualdades, porém não a única, assim como vemos a baixo:

Denominam-se ações afirmativas as que buscam corrigir a desigualdade entre homens e mulheres, ou negros e brancos, seja no âmbito da política, da educação ou do trabalho. As cotas não são a única, mas uma das estratégias das ações afirmativas [...]. As ações afirmativas não são uma fonte de discriminação, mas veículo para remover os efeitos da discriminação. (SOARES, 2000, p. 39)

Cumprido destacar, na conceituação de Cruz (2003), o sentido bipartido das ações afirmativas, que podem ser facultativo ou obrigatórias. O autor também é bem abrangente quanto a finalidade que podem ter tais ações, versando elas ora nos campos sociais e

econômicos, ora nos jurídicos, mas sempre visando a inclusão de grupos habitualmente, costumeiro e notoriamente discriminados pela sociedade.

Medidas públicas e/ou privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas com vista à promoção da inclusão social, jurídica e econômica de indivíduos ou grupos sociais/étnicos tradicionalmente discriminados por uma sociedade. (CRUZ, 2003, p. 185)

Santos (2005) afirma que, as ação afirmativas são discriminatórias, servem como uma garantia de tratamento mais equânime no presente, compensando à discriminação sofrida no passado. O autor completa o raciocínio desta forma:

Ação afirmativa é tratar de forma preferencial aqueles que historicamente foram marginalizados, para que lhes sejam concedidas condições equidistantes aos privilegiados da exclusão. Diferencia-se drasticamente da redistribuição, já que não é simples busca de diminuição de carência econômica, mas sim uma medida de justiça, tendo por base injustas considerações históricas que erroneamente reconheceram e menosprezaram a identidade desses grupos discriminados. (SANTOS, 2005, p. 45-46)

Para o doutrinador as ações afirmativas teriam somente um caráter compensatório, serviriam como uma justa reparação aos descendentes de grupos menos favorecidos na história da nação. Silva (2009), sustenta que as ações afirmativas são baseadas necessariamente em uma tríade conceitual, qual sejam: caráter compensatório, distributivo e preventivo. Compensatório como forma de compensar as injustiças históricas; distributivas de forma a melhor distribuir as oportunidades, e perceber uma nação condizente com

sua população; e preventiva no sentido de evitar conflitos sociais hoje latentes. Além disso, os beneficiários das ações afirmativas atuais, no futuro estão em condições sociais melhores, portanto, seus descendentes não precisarão mais beneficiar-se delas.

Bergmann (1996) expressou em sua conceituação o carácter humano das ações afirmativas, mostrando a importância de se pensar nas atitudes individuais em relação aos grupos discriminados, ou seja, as pessoas que sofrem pela discriminação e que estão perto, sem que necessariamente seja uma medida estatal coercitiva, uma obrigação distante de nossa realidade.

[...] planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas – aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos – em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com a sua tradição de promover a posição executivas unicamente homens, e brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...]. Ações afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente (BERGMANN, 1996, p. 7).

A autora destaca a dimensão da diversidade das ações afirmativas, sustentada por dois propósitos, o primeiro seria a necessidade de combater sistematicamente a discriminação nos mais diversos espaços da sociedade, e o outro reduzir a desproporção entre certos grupos, como por exemplo os marcados pela raça e/ou gênero.

Guimarães (1997) com um viés mais jurídico-filosófico que tratar pessoas desiguais como iguais, de fato, amplia a desigualdade, pois faz com que os discriminados e excluídos acabem sendo a

cada dia mais marginalizados, e os mais abastados concentrem mais riquezas. As ações afirmativas consistem em “promover privilégios de acesso a meios fundamentais – educação e emprego principalmente – a minorias étnicas, raciais ou sexuais que, de outro modo estaria deles excluídas, parcial ou totalmente” (1997, p. 233). Para o autor essas medidas estão diretamente ligadas a sociedades democráticas, que tenham como objetivo igualdade de oportunidade e de valores. Essas ideias são pautadas na restituição de uma igualdade que foi rompida ou que nunca existiu.

Dentre as definições apresentadas pode-se listar similitudes em alguns aspectos, quais sejam:

Quanto à promoção: são políticas públicas ou privadas. São políticas porque, segundo Prudente (2003, p. 104) “[...] iniciam-se na formulação das decisões, na priorização dos problemas sociais a serem enfrentados e na busca de soluções (planejamentos, programações, e atos normativos, etc.) [...]”; Cruz (2011, p. 76) complementa esse ponto de vista informando que “Envolve uma abordagem ampla da questão da inclusão socioeconômica e não se restringem à mera tomada de decisões ou a mera edição de atos normativos sem um acompanhamento crítico dos resultados atingidos”. Para Munanga (1996, p. 83) as ações afirmativas são “[...] são públicas, porque são reservadas aos poderes instituídos, municípios, governos estaduais e o nacional, pois cabe a eles, que têm poderes e recursos necessários, a responsabilidade de implementar tais políticas”.

Quanto ao foco: direcionada a grupos sociais discriminados. Para Cruz (2011) as medidas das ações afirmativas devem ser voltadas a grupos ou categorias em desigualdades fáticas parciais, convencionou-se a chamar esses grupos de minorias. Porém, com

o passar do tempo passaram a contemplar grupos majoritários, como, por exemplos, as mulheres. Hoje, entender as minorias em sentido quantitativo não faz sentido, minorias no contexto das ações afirmativas seriam grupos sociais, política e economicamente fragilizados, e que de certa forma, firmam a representatividade democrática nos mais diversos espaços.

Quanto ao objetivo: redução das desigualdades fáticas parciais. Avi-Yonah (2008) sustenta que a partir de uma perspectiva social é conveniente redistribuir riquezas porque o acúmulo de bens – conhecimento, postos de trabalho ou quaisquer bem escasso – traz poder ilegítimo a quem os detém.

Mas porque querer uma redução das desigualdades? O argumento de que as riquezas ‘particulares’ são, em parte, criadas pelas condições disponibilizadas pela própria sociedade e, por isso, podem ser redistribuídas ‘como bem se aprouver’, não é uma resposta satisfatória a esta pergunta, pois só legitima a redistribuição em si, mas não explica por que razão esta redistribuição é desejável. A resposta a esta pergunta é certamente política: em uma sociedade democrática, a maioria pode legitimamente decidir sobre a redistribuição de riqueza dos ricos para os pobres, mesmo que a sua única razão seja que as desigualdades são ‘desleais’ ou ofensivas (AVI-YONAH, 2008, p. 18).

Quanto à temporariedade: temporais ou atemporais. Para Cruz (2011), aqui reside o equívoco, subentender que as ações afirmativas sempre, em algum momento a igualdade será alcançada mediante a política de ações afirmativas.

Embora seja essa a vontade de muitos dos defensores de tal gênero de política pública, é perfeitamente possível cogitar desigualdades fáticas parciais que não são eliminadas, mas apenas compensadas, pelas medidas de ação afirmativas. Um exemplo seria a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras

de deficiência (art. 37, VIII da CF/88), já que esses indivíduos têm desvantagens permanentes na competição pelas vagas ofertadas a todos. (CRUZ, 2011, p. 84)

Assim, a conceituação perde seu caráter definidor de temporariedade, pois existem desigualdades nunca equalizadas na sociedade, portanto persistindo as ações afirmativas. Silva (2005, p. 266), de forma parecida sustenta:

É bastante questionável propor que todas as espécies de ações afirmativas sejam implantadas em caráter temporário, à medida que, assim considerado sem exceções, deixará de contemplar certas parcelas significativas da sociedade, como índios, quilombolas, ciganos, cujas peculiaridades culturais e socioeconômicas demandam um constante acompanhamento e mudanças de estratégias e políticas dos órgãos governamentais.

Cruz (2011) ainda reforça que somente faria sentido atribuir o princípio da temporariedade das ações afirmativas, se entendermos que após ter sido alcançado o objetivo, elas não deverão permanecer. Porém, de outro lado, é possível entender que qualquer norma legal que não atenda mais suas razões não deve permanecer.

2.LEGISLAÇÃO E APARATO NORMATIVO

A igualdade jurídica atualmente é perceptível, pois as regras e normas editadas trazem um caráter isonômico em seu texto, essa igualdade pronunciada pela lei é definida como formal. Contudo, essa igualdade planejada pela lei não se observa no campo da realidade dos fatos, ao menos para grande parte da população, a essa igualdade desejada dá-se o nome de igualdade material (CECCHIN, 2006).

Silva (2002, p.2) sintetiza os efeitos práticos entre a igualdade material e formal e os distingue. É importante destacar que a busca desse tratamento diferenciado, com o intuito de promover a igualdade desejada não cabe somente ao Estado, mas deve ser perseguida em conjunto com a iniciativa privada, em especial as empresas, como forma de ativar a responsabilidade social de todos, através de ações afirmativas em prol das minorias.

Cecchin (2006) revela que o princípio da igualdade, núcleo das ações afirmativas sempre esteve presente nas Constituições Brasileiras. Até 1988 elas eram neutras quanto à atividade estatal, pois tratava somente de igualdade formal, com a Carta de 88, o Estado passou a assumir compromisso ativo com as camadas sociais prejudicadas.

Durante o processo de redemocratização do país os movimentos sociais começaram a exigir atives do Poder Público, exigindo a adoção de medidas específicas para solucionar vários problemas envolvendo questões de raça, gênero, etnia entre outras (MUNANGA, 1996). Santos (1999) relata que um dos primeiros registros que se tem no Brasil, entorno do que atualmente chamamos de ações afirmativas, é datado de 1968, quando técnicos do Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho mostraram-se de acordo com a criação de uma lei que obrigasse as empresas privadas a manter uma percentagem mínima de empregados de cor, 20%, 15% ou 10% sempre levando em conta o ramo de atividade e demanda. Entretanto, por pressão da sociedade, e pelo pouco apoio legislativo a lei nunca foi elaborada, e votada.

Nos anos 80, o Deputado Federal Abdias Nascimento formulou o projeto de Lei nº 1.332/83 que propunha ações compensatórias como mecanismo para compensação aos afro-brasileiros

após séculos de discriminação. A ação propunha que sejam reservas 20% de vagas para mulheres negras e 20% de vagas para homens negros na seleção de candidatos ao serviço público; bolsas de estudos; incentivos às empresas do setor privado; incorporação da imagem da família afro-brasileira ao sistema de ensino e à literatura didática e paradidática, bem como a introdução da história das civilizações africanas e do africano no Brasil. O projeto chegou a ser votado no Congresso Nacional, porém não foi aprovado (MOEHLECKE, 2002).

Menezes (2001), expõem que as políticas de ações afirmativas no Brasil consistem em um tema muito recente, o tópico somente ganhou impulso com a promulgação da Constituição em 1988 quando a preocupação com os direitos do cidadão foi ampliada e defendida, o que claramente foi uma resposta ao período histórico diretamente anterior, a ditadura militar, onde durante vinte anos o povo foi repetidamente privado de várias garantias.

Souza (2006) entende que a Constituição de 1988 sinalizou a necessidade de mudança de rumo no alcance que se dava ao princípio da igualdade, o preâmbulo da Carta Magna já demonstra que o objetivo da Assembleia Nacional Constituinte é “instituir um Estado Democrático destinado 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”(BRASIL, 2015, p. 1) .

Souza (2006) cita o 1º artigo da Constituição Federal 1988 que revela os fundamentos da República que são: a cidadania e a dignidade da pessoa humana, em seguida o legislador introduziu o

artigo 3º que nos traz os objetivos de nossa República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O Ministro Marco Aurélio sabiamente explica que se prestarmos atenção nos verbos que o legislador constituinte usou teremos certeza que se espera uma posição ativa do Estado quanto ao alcance desses objetivos.

Cecchin (2006) aduz que trata-se da norma programática que dá base para futuras diretrizes estatais, porém mostram-se com eficácia imediata, já que visa à implementação de programas e planos sociais contando com a participação popular em conjunto com o Estado. Para o autor essas normas não são terminantes, mas sucessivas, pois dependem de fatores internos e externos para aprimorar e implementar os objetivos a que se destinam, podendo variar no tempo e no espaço, a depender da necessidade. Esses artigos demonstram os fins do ordenamento jurídico e estão previstos e destinados a promoção social e cidadã do povo.

Para Cruz (2011), o Brasil sentiu os efeitos das forças expansivas das ações afirmativas, tanto que, o legislador constituinte demonstrou sua preocupação com a inclusão das minorias sociais, refletindo em alguns dispositivos contidos da Constituição Federal de 1988. Embora não tenha dispositivos específicos, como na Constituição da Índia, merecem respaldo os seguintes itens: gratuidade de assistência jurídica a quem comprovar insuficiência de recursos (artigo 5º, LXXIV), a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito (artigo 5º LXXVI), a proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (artigo 7º XX),

a reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, VIII), e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (artigo 170, IX). Esses dispositivos não só autorizam, mas propõem que sejam feitas distinções com base em gênero, capacidade econômica e integridade física. É possível sustentar, com base na conceituação de discriminação (diferenciação injustificada) e distinção (diferenciação justificada) que a Constituição Federal proíbe somente as diferenciações injustificadas, mas não as diferenciações devidamente justificadas, estas que serviram de critério para justificação das medidas implantadas.

Cecchin (2006) afirma que o objetivo da Constituição foi evitar a segregação de raças e marginalização das minorias, não havendo, portanto que vingar a teoria de incompatibilidade quando uma ação visa promover igualdade e corrigir injustiças. Inclusive Silva (2002) destacou a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade por omissão na hipótese de inércia do Estado. A inércia em nada contribui para a redução das desigualdades mostrando-se falho o argumento que não se pode distinguir onde a própria carta proibiu. O direito deve ser harmônico e constantemente interpretado, gerando mais direitos, sob pena de haver uma estagnação jurídica.

Não se pode esquecer que a implementação de ações afirmativas é verdadeira mão-dupla, pois o benefício concedido às minorias, requer a redução da participação dos grupos majoritários, surgindo então conflito entre princípios fundamentais do direitos. A grande doutrina, porém, tem balizado e conduzido a uma solução harmoniosa para esse impasse, a aplicação do princípio da proporcionalidade (CECCHIN, 2006).

Nery Junior (2004, p. 134) destaca que a utilização do prin-

cípio da proporcionalidade torna o ordenamento jurídico não absoluto, e dá sentido de ponderação retirando o excessivo rigor da norma. O autor afirma que o princípio da proporcionalidade determina uma análise sobre os benefícios e malefícios que uma norma pode acarretar, observada essa regra não há dúvidas quando a constitucionalidade da implementação das ações afirmativas. No entanto elas devem ser reservadas para a promoção de ajustes sociais, caso desvirtuada desse objetivo, não está em consonância com a Constituição Federal.

Silva (2009) explica que, mesmo sem que haja lei autorizando, mais de 81 instituições públicas de ensino superior, no exercício de suas funções administrativas, criaram algum tipo de ação afirmativa destinadas a fomentar o acesso de minorias a seus quadros. Entre elas estão a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), a Universidade do Norte Fluminense, a Universidade de Brasília, Universidade Federal de São Paulo, Universidade Federal de Alagoas, entre outras. A UERJ foi uma das primeiras instituições a implantar um programa de ação afirmativa em seus vestibulares destinando 50% de suas vagas a alunos egressos de escolas públicas.

A autora observou que existem diversas normas esparsas posteriores a Constituição Federal, podemos destacar o dispositivo contido na Constituição Estadual da Bahia que assegura a inclusão de indivíduos da raça negra a veiculação de publicidade estadual, Lei 8.213/91 que estabeleceu quotas de 2 a 5% das vagas de emprego a pessoas com deficiência, a Lei 9.504/97 que garante um mínimo de 30% das candidaturas para cada um dos sexos. Cruz (2011) observa que as ações afirmativas no mundo compreendem uma gama de estratégias sempre adaptadas a realidade da so-

cidade ao qual se pretende sua aplicação.

Em 1995, no primeiro mandato do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi instituído o grupo interministerial para desenvolver políticas de valorização e promoção da população negra, esse grupo realizou duas conferências, e elaborou 46 propostas de ações afirmativas nas áreas de educação, saúde, trabalho, comunicação entre outras. No entanto, os recursos dispensados para que essas medidas não foram suficientes para implementá-las e seu impacto permaneceu restrito. No ano seguinte foi lançado o Programa Nacional dos Direitos Humanos que teve como objetivo desenvolver ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia, formular políticas compensatórias que promovam social e economicamente a população negra e apoiar as ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva. Um dos resultados desse programa foi a inclusão da questão racial nos Parâmetros Curriculares Nacionais (MOEHLECKE, 2002).

Cruz (2011) revela que em 2001, a partir dos preparativos para a 3ª Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata, realizada em Durban, na África do Sul, as questões referente as desigualdades entre negros e brancos tomou a grande mídia, ocasião em que o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) divulgaram dados que revelaram a enorme discrepância entre negros e brancos no Brasil. A partir da efervescência social do momento o Poder Executivo começou a propor medidas de ações afirmativas ocasionando uma mudança de rumo nas políticas públicas.

Dessa forma, o sistema infraconstitucional acabou por tornar-se mais amplo que o constitucional no que tange às ações afirmativas. Por exemplo, a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei 11.096/05, que criou o ProUni, instituiu medida de ação afirmativa na medida em que determina que, em troca de incentivos fiscais, instituições de ensino superior privadas reservem vagas a serem destinadas, mediante bolsa integral ou parcial, a estudantes que demonstrarem insuficiência de recursos e sejam egressos do ensino público, bolsistas do ensino privado ou portadores de deficiência (CRUZ, 2011).

A Lei 12.711/12, como parte do sistema infraconstitucional das políticas de ações afirmativas, tem o poder de assegurar o acesso ao ensino superior nas instituições públicas de ensino superior através da reserva de vagas para grupos específicos que, historicamente, estão excluídos da vida acadêmica. A reserva de vagas é parte das políticas de ações afirmativas e modificam o perfil socioeconômico dos estudantes que ingressam no ensino superior, principalmente quando comparada à seleção direta pela nota. A seleção com reserva de vagas, que já era praticada desde 2006, portanto anterior a Lei 12.711/2012 e já superava o que foi proposto nela. Pelo modelo estatístico baseado no modelo misto contempla percentual de estudantes afrodescendentes superior ao da população autodeclarada afrodescendente no estado da Bahia, mais de 50% dos estudantes oriundos de escola pública e 42% de estudantes com renda familiar per capita inferior a 1,5 salário mínimo, superando em percentuais o que a lei previu para o seu primeiro ano de aplicação (OLIVEIRA, 2013).

Em 2014 foi aprovada a Lei 12.990 que tem como principais características da discriminação positiva do sistema de cotas

para afrodescendentes em concursos federais de cargos públicos, de acordo com a lei, as vagas são resumidas em um percentual para afrodescendentes ou pardos, com critérios de condicionalidade previstos quanto: número mínimo de vagas oferecidas em concurso para aplicação de cota; fracionamento das vagas; auto declaração de negro ou pardo; e, dupla forma de ingresso, tanto, por reserva de cota, quanto, por ampla concorrência (SENHORAS; CRUZ, 2015).

Como se pode perceber, o ordenamento jurídico brasileiro, pós Constituição Federal de 1988, deve ser fundamentado nos princípios que a CF propõe para a sociedade. Através de seus dispositivos, há incentivo pela constante busca de igualdade, de forma ativa pelo Estado. Nesta senda os legisladores buscaram ampliar o aparato normativo em relação às ações afirmativas, e hoje vemos que quase todos os dos grupos socialmente marginalizados começam a ter destaque, mas ainda estamos longe da igualdade material desejada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que, a Constituição Brasileira encoraja a concretização do princípio da igualdade material, deixando de ser somente um princípio positivo, e passa a ser um objetivo a ser alcançado por todos, Estado e sociedade. As ações afirmativas, com o passar do tempo vêm demonstrando que são realmente necessárias para superar os graves problemas de discriminação de nossa sociedade, porém, as ações por si só não conseguem equilibrar e empoderar os grupos reprimidos, a sociedade tem que estabelecer

metas, e colocar-se à frente dessa luta por direitos iguais.

REFERÊNCIAS

- AVI-YONAH, Reuven. **Os Três Objetivos da Tributação**. In: COSTA, Alcides Jorge (Org.). *Direito Tributário Atual*, ed. 22. São Paulo: Dialética, 2008.
- BERGMANN, Barbara. **In defense of affirmative action**. New York: Basic-Books, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, José J. **Inclusão Étnica e Racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior**. São Paulo: Attar, 2005.
- CECCHIN, Airton J. **Ações afirmativas: inclusão social das minorias**. *Revista Ciência Jurídicas e Sociais da Unipar*, Umuarama, n.2, 2006.
- CRUZ, Álvaro R. S. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CRUZ, Luis F. F. M. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. 2011. 127 f. Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- GOMES, Joaquim B. B. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. O direito como instrumento de transformação social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GUIMARÃES, Antônio S. A. A desigualdade que anula a desigualdade: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (Org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 233-242.
- KAUFMANN, Roberta F. M. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MALLICK, Ross. **Affirmative Action and Elite Formation: An Untouchable Family History**. In: *Ethnohistory*, n. 2, 1997.

MENDELSON, Oliver. **Compensatory Discrimination for India's Untouchables**. In: Law in Context, n.2, 1999.

MENEZES, Paulo L. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte- americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação Afirmativa: História e debates no Brasil**. Cadernos de Pesquisa. n. 117, nov. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

MUNANGA, Kabengele. O anti-racismo no Brasil. In: MUNANGA, K. (org.). **Estratégias e políticas de combate à discriminação racial**. São Paulo: Edusp, 1996 p.79-111.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Norma S. **Modelos mistos e cotas no acesso ao ensino superior: o caso do IFBA**. 2013. 115 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Estatística e Experimentação Agropecuária) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2013.

PISCITELLI, Rui M. **O estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso dos negros à universidade**. 2007. 170 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) - Universidade Luterana do Brasil, Canoas, 2007.

PRUDENTE, Eunice A. J. Experiências integradoras que o Brasil já conheceu: uma análise jurídica sobre a exclusão social dos afrodescendentes numa ordem constitucional integradora. In: DURHAM, Eunice R.; BORI, Carolina M. (Org.). **Seminário: O Negro no Ensino Superior**. São Paulo: Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior, 2003.

RIBEIRO, Rafael F. S. **Estudos sobre as ações afirmativas**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n.31, ago. 2011.

SANTOS, Jocélio T. Dilemas nada atuais das políticas para os afro-brasileiros: ação afirmativa no Brasil dos anos 60. In: BACELAR, J.; CAROSO, C. (Org.). **Brasil, um país de negros?** Rio de Janeiro: Pallas; 1999. p. 221-234.

SANTOS, Sales. A. **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: MEC/UNESCO, 2005.

SENHORAS, Eloi M.; CRUZ, Ariane R. A. de S. **Debates sobre a discriminação positiva na lei das cotas em concursos públicos**. Revista Síntese do Direito Administrativo, n. 112, 2015. Disponível em: < <https://works.bepress>.

com/eloi/380/download/>. Acesso em: 05 abril, 2016.

SILVA, Alexandre V. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, n. 7, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3479>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

SILVA, Maria S. **Ações afirmativas para a população negra: um instrumento para a justiça social no Brasil**. 2009. 214 f. Dissertação (Área de Concentração em Direitos Humanos) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA, Sidney P. M. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SOARES, Vera. As ações afirmativas para mulheres na política e no mundo do trabalho no Brasil. In: BENTO, Maria Aparecida Silva et al. **Ação afirmativa e diversidade no trabalho: desafios e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

SOUZA, Oziel F. **As ações afirmativas como instrumento de concretização da igualdade material**. 2006. 164 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

SOWELL, Thomas. **Affirmative Action Around the World – An Empirical Study**. New Haven: Yale University Press, 2004.

AS NOVAS RELAÇÕES DE EMPREGO E O DIREITO DE DESCONEXÃO DA MULHER NO TRABALHO

*Analice Schaefer de Moura*¹

*Tatiani de Azeredo Lobo*²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atuação estatal, ao conceder o direito constitucional ao lazer e aos intervalos de descanso, deve primar pelo controle da forma de distribuição de trabalho. Com isso, visualiza-se que o direito à desconexão da mulher do trabalho, agravado pela dupla jornada em que ela é submetida, ainda carece de destaque nas políticas

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - Conceito Capes 5, com Bolsa Capes. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisa "Direito, Cidadania e Políticas Públicas", vinculado ao PPGD – UNISC. Graduada pela mesma Universidade. E-mail: analice_sm@hotmail.com.

² Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo PPGD - UNISC - Conceito Capes 5, com Bolsa Capes. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Pós-graduanda *lato sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil. Integrante do Grupo de Pesquisa "Direito, Cidadania e Políticas Públicas", vinculado ao PPGD – UNISC. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Advogada OAB-RJ 167.792. E-mail: tatianilobo@hotmail.com.br.

públicas de igualdade de gênero no labor.

A partir dessa perspectiva, pretende-se com o presente responder ao problema quais são as possíveis contribuições que o direito à desconexão pode trazer à tutela do dano existencial nas relações de trabalho, a partir de sua interpretação nas políticas de igualdade de gênero no labor?

A pesquisa tem por objetivo geral apresentar as desigualdades de gênero no trabalho, notadamente quando ao uso do tempo, analisando a partir dessa premissa o direito de desconexão do trabalho da mulher, a fim de verificar nas políticas públicas de igualdade no trabalho como esse aspecto pode contribuir na tutela preventiva ao dano existencial.

No decorrer da pesquisa, foi utilizado como método de abordagem o hipotético-dedutivo. Para tanto, analisou-se o direito à desconexão do trabalho e a tutela ao dano existencial, para, após, buscar o referencial mais específico no que tange às políticas públicas de igualdade de gênero no trabalho.

Utilizou-se como técnica a pesquisa bibliográfica e documental como base teórica do estudo. Foi realizado levantamento bibliográfico, bem como, levantamento documental principalmente no que tange a relatórios da Organização Internacional do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego.

As fontes utilizadas permitiram uma melhor fundamentação no trabalho desenvolvido, bem como, na diversificação da abordagem, para concretizar os objetivos estabelecidos. Além do mais, buscou-se investigar os temas propostos a partir da correlação entre o levantamento do instrumental teórico e os estudos sobre o direito ao lazer.

Assim, inicialmente aborda-se a atribuição histórica da mulher na sociedade e sua inserção no mercado de trabalho, discutindo-se as desigualdades de gênero no uso do tempo para dedicação à profissão, aos cuidados com a família e à administração do lazer.

Após, contextualiza-se o que é o direito de desconexão do trabalho, relacionando-o com o direito ao lazer e à convivência familiar, dentre outros. Enfatiza-se, neste ponto, as alterações das relações de emprego trazidas pelas novas tecnologias e o impacto disso na vida dos trabalhadores, especialmente quanto às mulheres.

Após, é abordado o dano existencial e suas implicações no direito laboral, considerando-se os impactos que o desrespeito ao direito à desconexão do trabalho pode trazer para o trabalhador e para as pessoas que têm uma relação efetiva com ele.

Por fim, defende-se a implementação de políticas públicas de inclusão social da mulher através do trabalho formalizado, assegurando-se que essas observem o seu direito da mulher de desconexão do trabalho face à dupla jornada em que ela é submetida.

1 DESIGUALDADES DE GÊNERO NO USO DO TEMPO PARA DEDICAÇÃO À PROFISSÃO, AOS CUIDADOS COM A FAMÍLIA E À ADMINISTRAÇÃO DO LAZER

A ligação entre a mulher e a domesticidade, incluindo os cuidados dos filhos e de outros familiares, foi produzida historicamente e envolve fortemente o tema do presente projeto de pesquisa. Essa compreensão orienta a análise crítica dos “processos históricos que produziram uma forma específica de valorização da

maternidade, atando a mulher a esse papel” (BIROLI, 2012, p. 54).

O pensamento moral propagado pela Igreja Católica foi marcante no desenvolvimento social do Brasil, e por esta razão vige em nosso país a cultura patriarcal (PENIDO, 2006). Esse pensamento foi amplamente difundido pelos princípios racionais do liberalismo durante e pós Revolução Francesa, que sempre atribuíram uma relevância notável na praxe cultural e ideológica cotidiana.

O patriarcado é uma forma de organização e dominação social, cuja autoridade está centrada no patriarca de uma comunidade familiar-doméstica (PENIDO, 2006). Esse sistema institucionaliza e legitima o domínio masculino sobre as outras parcelas sociais: as mulheres (pelo marido) e as crianças (pelo pai) (THERBORN, 2006).

No Brasil, a Constituição Cidadã de 1998, marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, inovou ao trazer diversas disposições quanto às reivindicações formuladas pelas mulheres.

A conquista do movimento de mulheres, quanto aos avanços constitucionais, é evidenciado pelos dispositivos constitucionais que, dentre outros, asseguram:

a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (Art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (Art. 226, §5º); b) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (Art. 7º, XXX, [...]); c) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (Art. 7º, XX); d) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (Art. 226, §7º); e e) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (Art. 22, §8º) (PIOVESAN, 2006, p. 210).

Contudo para Strey (1999), práticas estabelecidas e sustentadas secularmente, dificilmente são rompidas de uma hora para outra apesar dos discursos e mesmo das leis. Desta forma, para superar a dominação é necessária a consciência da condição de submissão. Touraine (2007, p. 46), afirma que, no momento em que a identidade das mulheres foi à elas concedida pelas “representações que os homens e as instituições por eles dominadas fazem delas, a ideia (*sic*) de uma construção de si não tem nenhum sentido para a mulher”. O autor defende que a dominação das mulheres segue a lógica da ausência de subjetividade.

Nesse diapasão, a forma de participação das mulheres na força de trabalho depende de fatores socioeconômicos, como a demanda de trabalho e suas qualificações para trabalhos formais; fatores psicológicos, como interesses, aspirações e tolerância para várias tarefas; fatores culturais que definem que trabalhos são apropriados para ambos os sexos; fatores sociais, como tamanho, composição e necessidades econômicas do lar (STREY, 1999). Além disso, as atividades extradomésticas das mulheres são reguladas por seus papéis reprodutivos como esposa e mãe, cujas demandas variam nos diferentes estágios de seu ciclo vital.

O trabalho realizado no âmbito doméstico, entretanto, mantém ainda suas principais características. As tarefas realizadas em casa em prol da família, continuam sem valor agregado, “por isso tais atividades acabam não sendo consideradas no cômputo das contribuições de homens e mulheres para a prosperidade da família” (REIS; COSTA, 2014). Assim, o trabalho remunerado, fora de casa, possui uma contribuição mais palpável, dando uma voz mais ativa para a mulher na medida em que ela não depende dos outros. (SEN, 2000).

Conforme ocorre a independência da mulher pelo trabalho remunerado, seu status social aumenta. De acordo com Sen (2000, p. 226), o status mais elevado “aparentemente afeta até mesmo as ideias sobre o ‘quinhão’ que cabe às meninas da família”. Essa elevação é importante para a ruptura do ciclo de reprodução das concepções sobre o trabalho da mulher e sua correspondente valorização.

A representação social que as mulheres fazem de si próprias é “sua ligação direta com a reprodução da espécie, que resiste a todos os discursos produzidos pela sociedade” (TOURAINÉ, 2007, p. 46). Nesse contexto, é importante compreender que o abandono do mercado de trabalho pela mulher é geralmente uma consequência de sua sobrecarga entre o trabalho externo à casa e o trabalho de cuidado com a casa e com os demais membros da família. Assim, deixar o mercado de trabalho é uma das estratégias para fazer frente às responsabilidades familiares no caso das mulheres, mas não no caso dos homens. (COSTA; MARTÍN, 2008).

Embora as conquistas dos movimentos de mulheres mereçam destaque, ainda é necessário reconhecer que os padrões de responsabilização da mulher pelo cuidado com a casa e família continuam, sobrecarregando-a e dificultando a promoção da igualdade laboral entre homens e mulheres. Assim, o direito à desconexão do trabalho da mulher possui especial importância nas relações laborais. É o que se analisará a seguir.

2 DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO: ASSEGURANDO DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS

O direito à desconexão do trabalho não se relaciona ao não trabalhar, e sim ao direito do não trabalho fora do expediente nos períodos de lazer. Com as novas tecnologias, as pessoas estão constantemente conectadas e, com isso, mais disponíveis, trazendo reflexos inclusive para o campo do direito laboral.

Como acima exposto, esse direito possui uma íntima vinculação ao direito constitucional ao lazer consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, que assegura em seu Art. 24 que “toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas” (ONU, 1948).

Além do mais, o lazer é um direito social assegurado na Constituição Federal a todos os cidadãos. Entretanto, com as inovações acontecidas principalmente nas últimas décadas, e a alteração do modo e jornada de trabalho, o trabalhador está cada vez mais conectado ao trabalho e conseqüentemente afastado de sua vida privada.

Em nome da proteção ao lazer, a Constituição Federal, no Art. 7º, limita as horas de trabalho no inc. XIII, determina a obrigatoriedade do repouso semanal remunerado, inc. XV, dentro outros dispositivos (TRENTIN; TRENTIN, 2010). Assim, o legislador constituinte assegurou o direito de descanso do trabalhador.

Verifica-se, portanto que o direito à desconexão do trabalho visa proteger direitos de personalidade imprescindíveis para garantia da dignidade humana. Gudde (2015), nesse sentido afirma:

o direito ao seu livre desenvolvimento, o respeito à vida privada e à intimidade, à honra, à integridade física e psíquica, à preservação da imagem e identidade, aos direitos morais de autor e à livre manifestação do pensamento

são afetados pelos usos que têm sido destinados às redes sociais na Internet enquanto ferramentas do trabalho.

De igual forma Volia Bomfim Cassar (2012), defende que o trabalhador possui o direito à desconexão, ou seja, o direito de afastar-se do ambiente de trabalho, assegurando-lhe o direito à vida privada e ao lazer, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.

Assim, é necessário que o trabalho respeite a condição física e psíquica do trabalhador enquanto pessoa humana, possibilitando à ele um equilíbrio entre o labor e sua vida privada, de modo a utilizar de seu tempo em conformidade ao seu projeto de vida. Deste modo a saúde , “deve ser entendida em consonância com o princípio da dignidade humana, não podendo esta, ser prejudicada pelo trabalho.”

O direito à desconexão acaba por ser comprometido quando o trabalhador é obrigado a portar qualquer meio de comunicação de modo a ficar disponível para o trabalho fora de sua jornada. Embora tenha direito à remuneração do tempo à disposição, resta comprometido o direito à desconexão, pois este trabalhador leva tem seu trabalho prolongado indistintamente.

Inclusive, o Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado pela preservação do direito à desconexão, ainda considerando-se o trabalho à distância ou o período à disposição:

A concessão de telefone celular ao trabalhador não lhe retira o direito ao recebimento das horas de sobreaviso, pois a possibilidade de ser chamado em caso de urgência por certo limita a sua liberdade de locomoção e lhe retira o direito à desconexão do trabalho.” (Processo: RR - 64600-20.2008.5.15.0127 Data de

Julgamento: 27/06/2012, Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2012). (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2012).

Nesses termos, lembra Jorge Luiz Souto Maior (2009) que não se está a amaldiçoar o avanço tecnológico, o que se pretende é fazer com que a tecnologia esteja à serviço do homem e não o contrário. A tecnologia permite-nos meios mais confortáveis de viver, e elimina, em certos aspectos, a penosidade do trabalho. Contudo, fora de padrões responsáveis, pode provocar desajustes na ordem social, cuja correção requer uma tomada de posição a respeito de qual bem deve ser sacrificado, trazendo-se o problema, a responsabilidade social.

O que se pretende demonstrar com esta abordagem é que a tecnologia tem trazido novos modos de trabalho, mas esta situação está longe de produzir uma ruptura dos padrões jurídicos de proteção do trabalho humano.

3 DANO EXISTENCIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO LABORAL

Se analisarmos a forma como o direito à desconexão é violado, atingindo a vida privada do trabalhador ao não lhe permitir dispor de seu tempo como melhor entender, é possível constatar a existência do dano existencial.

Flaviana Rampasso Soares (2004, p. 44) defende que o dano existencial “abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de

repercutir-se, de maneira consistente - temporária ou permanentemente - sobre a sua existência”

Nas relações de trabalho é possível identificar a existência do dano existencial quando o empregador, por exemplo, derroga ao empregado um volume excessivo de trabalho que não lhe permite gozar de seu tempo de descanso através de atividades sociais, afetivas, familiares, ou desenvolver seus projetos pessoais e profissionais. Assim, não assegurando o direito à desconexão do trabalho o indivíduo fica conectado indistintamente de sua jornada, tendo que resolver questões do trabalho fora de sua jornada.

Além dos elementos inerentes à qualquer forma de dano, como a existência de prejuízo, o ato ilícito do agressor e o nexo de causalidade entre as duas figuras, o conceito de dano à existência é integrado por dois elementos, quais sejam: a) o projeto de vida; e b) a vida de relações (FROTA, 2010).

O projeto de vida está associado ao que o indivíduo decidiu fazer com sua vida. Defende Bebbber (2009) que qualquer fato injusto que frustrasse esse plano, impedindo a sua realização e obrigando a pessoa a resignar-se com o seu futuro, deve ser considerado um dano existencial.

Quanto à vida de relações, o dano é caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente, dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extralaborativas, interferindo no ânimo do trabalhador atingido e conseqüentemente no seu relacionamento social (ALMEIDA NETO, 2005).

Portanto, ao não permitir o devido descanso e desligamento do trabalho ao empregado, poderá ser configurado a ocorrência do dano existencial, em desacordo com diversos direitos consti-

tucionais assegurados como à relação familiar (Art. 226, *caput*), à proteção das crianças e adolescentes (Art. 227), ao lazer, dentro outros. Contudo tais violações são agravadas ainda mais no caso da mulher, que além do trabalho tem a conhecida “dupla jornada”, sendo uma vítima ainda maior quando não respeitado seu direito à desconexão do trabalho, daí a necessidade da implementação de políticas públicas de promoção da igualdade de gênero no mercado de trabalho, é o que segue.

4 RELAÇÕES DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD realizada em 2013 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, 88% das mulheres ocupada realizam afazeres domésticos, enquanto entre os homens este percentual é 46% (IBGE, 2014). Ademias, a jornada média gasta em afazeres domésticos é praticamente o dobro da constatada entre os homens, assim, somando-se a jornada de trabalho com as horas dedicadas ao cuidado da cada e família tem-se uma jornada semanal de 56,4 horas, superior em quase cinco horas à jornada masculina (IBGE, 2014).

Isso reflete que o problema em questão é atual e ainda necessita de atenção pelos órgãos públicos. Desse modo, cabe ressaltar que a análise das políticas públicas não pode ser feita de forma fragmentada ou isolada da análise mais geral sobre os rumos do Estado e da sociedade, portanto, antes de adentrar nas políticas de igualdade de gênero no mercado de trabalho é importante

compreender o conceito de política pública adotado no presente artigo.

As políticas públicas podem ser compreendidas como a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. (BITENCOURT, 2013, p. 48)

Ainda, conforme Schmidt o termo “políticas públicas” é utilizado com diferentes conotações, indicando um campo de atividade, um “propósito político”, ou “um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa” (SCHIMIDT, 2008, p. 2312).

Assim, importa salientar que os instrumentos estatais para concretizar a justiça social são as políticas públicas. Dessa forma, compreende-se que, tanto quanto deliberar acerca da ideia de justiça social que se pretende adotar, também é necessária a discussão acerca das políticas públicas a serem adotadas.

Nesse sentido, a própria construção da ideia de interesse público necessita de uma ação coletiva entre os diversos setores e atores sociais, tornando o processo de formulação de uma política pública um verdadeiro espaço para a deliberação entre a ação estatal e sociedade civil, no qual as trocas entre ações, interesses e prioridades deverão atuar como interlocutores dessa ação. É desse debate aberto, com argumentos voltados ao interesse público, o qual leve em conta o maior número de possibilidades, que se deve pensar a formulação de uma “boa política pública”. No debate público, os argumentos individuais tendem a não ser expostos por seu caráter parcial, ou, se expostos, tendem a ser refutados pelo público. (BITENCOURT, 2013, p. 50)

As políticas não são um fim em si mesmas, mas configuram estratégias de ação para os operadores do sistema como mecanis-

mos que pretendem alterar a correlação de forças políticas quanto ao estabelecimento de prioridades na efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Pretende, então, alcançar um patamar superior das propostas consolidadas ao longo do processo histórico brasileiro, tendo como princípio fundamental a participação (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 143).

Nesses termos, a Secretaria de Políticas para Mulheres, do Governo Federal, lançou o Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça, que tem por objetivo fomentar uma cultura que garanta a autonomia econômica e social das mulheres, que é “condição estruturante para a transformação das condições de vida e das desigualdades vividas pelas mulheres, especialmente aquelas que vivem as discriminações decorrentes da desigualdade social, de gênero e racial” (BRASIL, 2013b, p. 3).

Esse programa foi instituído em 2004 e conta como apoio da OIT e do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para as Mulheres, e tem como foco principal o trabalho, que é compreendido na perspectiva de inclusão social, autonomia e desenvolvimento (REIS; COSTA, 2014). Assim, entende-se que o trabalho precisa cumprir, para “além da sua função produtiva, a tarefa de representar um meio de expressão dos sujeitos e, ao mesmo tempo, um elo social fortalecido” (BRASIL, 2013b, p. 3).

Ao lado disso, em 2013 foi lançado o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres – PNPM, que se encerrou em 2015, de forma a promover a igualdade de gênero nos mais diversos campos, no qual o trabalho merece destaque por garantir a autonomia econômica das mulheres.

O Plano Nacional foi um importante instrumento reforçando a ideia de que “em um Estado plenamente democrático a condi-

ção da participação social, sobretudo das mulheres, é constitutiva de todas as fases do ciclo das políticas públicas” (BRASIL, 2013a, p. 9). Com objetivos específicos, visou-se combater os problemas e as formas de discriminação que, cotidianamente, afetam as mulheres trabalhadoras (REIS; COSTA, 2014). Contudo, finalizado em 2015, não foram divulgados dados sobre a implementação e consecução das metas estabelecidas.

Na mesma linha foi instituído o Comitê Técnico de Estudos de Gênero e Uso do Tempo através da Portaria Interministerial nº 60, de 19 de setembro de 2008. Mostrando uma especial preocupação em como a ocupação da mulher reflete nas políticas públicas de igualdade de gênero. (SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2008, www.observatoriodegenero.gov.br).

A criação do Comitê conjuntamente com o plano e demais ações estatais, indicam uma forte preocupação do governo com o trabalho da mulher. A igualdade é basilar para a independência econômica da mulher, e o trabalho o meio mais apto a proporcioná-la, promovendo a inclusão social da mulher e seu empoderamento.

A legislação trabalhista irradiada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabeleceram diversas normas que asseguram a igualdade de gênero no mercado laboral. Contudo, é possível identificar que ainda necessitamos de políticas públicas que visem assegurar a igualdade material, permitindo um pleno cumprimento da lei.

A dupla jornada é um aspecto invisível dentro do mercado de trabalho, que afeta principalmente as mulheres. O compromisso com o cuidado dos filhos, idosos e com a casa, acaba dificultando o acesso da mulher à cargos importantes por diversos fatores. Em-

bora a taxa de formalização do trabalho entre homens e mulheres esteja cada vez mais próxima, elas ainda recebem em média menos que os homens em todas as formas de trabalho, formal ou informal, embora nesta última seja maior. Conforme dados do IBGE (2014), o rendimento médio das mulheres em trabalhos informais era equivalente a 65% do rendimento médio dos homens, já nos trabalhos formais essa relação era de 75%.

Assim, é imperativo que as políticas públicas voltadas à igualdade de gênero no trabalho e do uso do tempo, considerem a dupla jornada da mulher que agrava ainda mais o dano existencial no desrespeito ao direito à desconexão do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, foram as mulheres que mais incrementaram a população ocupada. Isso é reflexo, conforme acima demonstrado de políticas públicas que visam assegurar o empoderamento feminino através do trabalho enquanto uma forma de inclusão social. Entretanto, as desigualdades entre homens e mulheres no âmbito da sociedade brasileira ainda são numerosas.

No mercado de trabalho as mulheres, mesmo com mais estudo, recebem salários menores, são empregadas em condições mais precárias e sofrem com o sexismo institucional, assédio moral e sexual, e tem menos incentivos de progredir na carreira, para assumir postos de comando.

Portanto, os estigmas vinculados à ocupação do tempo da mulher ainda permanecem, numa sociedade com fortes resquícios da cultura patriarcal. A mulher responsabilizada pelo cuidado da

casa, da educação dos filhos e dos doentes acaba por ter prejudicado seu direito ao lazer.

Essa situação é agravada pelas profundas alterações nas relações de trabalho trazidas pelas novas tecnologias, em que as pessoas estão cada vez mais acessíveis e conectadas em rede. Assim, a importância do direito à desconexão do trabalho, que visa assegurar o descanso, ao lazer, à convivência familiar. Não permiti-lo ou não primar por sua efetiva fruição pode configurar a ocorrência do dano existencial.

Portanto, a pesquisa sobre o direito de desconexão do trabalho da mulher é relevante, uma vez que se verifica que a sociedade mantém a vinculação da mulher ao espaço doméstico, ao mesmo tempo em que produz uma reestruturação do público, em que mulheres e homens são formalmente encarados como trabalhadores iguais.

Deste modo, tendo o Estado assegurado constitucionalmente os direitos acima mencionados, cabe a ele a promoção e implementação de políticas públicas para assegurar seu efetivo cumprimento. Assim, as políticas públicas de inclusão social da mulher, através da promoção de igualdade de gênero no trabalho, são aptas a iniciar um processo de equidade e justiça social.

REFERÊNCIAS

AGURRE, Rosário ; BATTHYÁNY; Karina. Trabajo, género y ciudadanía em los países del Cono Sur. Montevideo: Cinterfor, 2001.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana . Avanços e obstáculos à concretização das políticas pú-

blicas sociais no Brasil. In: Marli Marlene Moraes da Costa; Mônia Clarissa Henning Leal. (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. 1ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013, v. 13, p. 7-20.

AQUINO, Quelen B.; PORTO, Rosane.T.C. . Cidadania, políticas públicas e transformações de gênero: a emancipação da mulher. In: CUSTÓDIO, A. V.; POFFO, G. D.; SOUZA, I. F. (Org.). Direitos fundamentais e políticas públicas. 1ªed. Balneário Camboriú: Avantis, 2013, v. 1, p. 405-416.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BITENCOURT, Caroline Muller. Controle jurisdicional de políticas públicas. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BIROLI, Flávia. Gênero e Família em uma Sociedade Justa: adesão e crítica à imparcialidade no debate contemporâneo sobre justiça. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 18, n. 36, p. 51-65, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/05.pdf>> Acesso em 05 abr. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as

Mulheres. Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013a.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres.

Programa Pró Equidade de Gênero e Raça: Guia Operacional. 5. ed. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013b.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Direitos humanos das mulheres. **Curitiba: Juruá, 2012.**

CASSAR, V. B. Direito do Trabalho, 6ª edição, Niterói: Impetus, 2012.

COSTA, Marli M. M.; MARTÍN, Nuria B. Diálogos jurídicos entre Brasil e Espanha: da exclusão social aos direitos sociais. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

DESOUZA, E.; BALDWIN, J. R.; ROSA, F. H. A construção social dos papéis sexuais femininos. Psicologia: reflexão e crítica, Porto Alegre, v. 13, n. 3, p. 485-496, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v13n3/v13n3a16.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

GORCZEWSKI, C. ; MARTIN, N. B. A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. v. 1.

GUIDDE, Andressa da Cunha. O uso das redes sociais na internet como instrumento de trabalho: desafios aos direitos de personalidade dos trabalhadores. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS. Orientadora: Profª. Drª. Denise Pires Fincato. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/handle/10923/7369>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91983.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito à desconexão do trabalho. In: Núcleo Trabalhista Calvet. Disponível em: <www.calvet.pro.br/artigos/DO_DIREITO_A_DESCONEXAO_DO_TRABALHO.pdf>. Acesso em 10 abr. 2016.

MARDERS, Fernanda. **O dano existencial e as relações laborais no constitucionalismo contemporâneo.** In.: GORCZEWSKI, Clóvis (org.). **Constitucionalismo contemporâneo: garantindo a cidadania, concretizando a democracia.** Vol. I. Curitiba: Multideia, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração universal dos direitos humanos. Assembleia Geral da ONU, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

PATEMAN, Carole. O contrato sexual. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PENIDO, Laís de Oliveira. Legislação, equidade de gênero e cultura patriarcal brasileira: uma relação difícil. In: PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.). A igualdade de gêneros nas relações de trabalho. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 270-280.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas. In: PENIDO, Laís de Oliveira (Coord.). Laís de Oliveira (Coord.). **A igualdade de gêneros nas relações de trabalho.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 205-212.

REIS, S. S., COSTA, M. M. M. Trabalho, educação & gênero: desafios e perspectivas da inserção da mulher no mercado de trabalho no século XXI. Curitiba: Multideia, 2014.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. Portaria Interministerial n° 60, de 19 de setembro de 2008. Institui o Comitê Técnico de Estudos de Gênero e Uso do Tempo. Brasília, Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/indicadores/comite-de-genero-e-uso-do-tempo/Portaria%2060_19-09-08.pdf>. Acesso em 13 abr. 2016.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. A ideia de justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCHMIDT, João Pedro. Políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista, 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STREY, Marlene Neves. Mulher e trabalho. In.: ROSO, A.; MATTOS, F.B.; STREY, M. N. Gênero por escrito: saúde, identidade e trabalho. **Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.**

THERBORN, Göran. **Sexo e poder: a família no mundo 1900-2000**. Tradução de Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.

TOURAINÉ, Alain. O mundo das mulheres. Petrópolis: Vozes, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). RR - 64600-20.2008.5.15.0127
Data de Julgamento: 27/06/2012, Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2012. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em 01 maio 2016.

TRENTIN, T. R. D. ; TRENTIN, S. S. Direito ao lazer e a desconexão do trabalho como meio de garantir os direitos fundamentais do trabalhador. (Re) Pensando Direito, v. 1, p. 1-30, 2013.