

Ismael Francisco de Souza
Reginaldo de Souza Vieira
(Organizadores)

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO

Políticas públicas & Práticas democráticas



TOMO I



© Copyright Unesc – Universidade do Extremo Sul Catarinense – 2011
Av. Universitária, 1105 – Bairro Universitário – C.P. 3167 – 88806-000 – Criciúma – SC
Fone: +55 48 3431-2500 – Fax: +55 48 3431-2750

Reitor:

Prof. Dr. Gildo Volpato

Vice-Reitor e Pró-Reitor Acadêmico:

Dr. Márcio Antônio Fiori

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

Dr. Ricardo Aurino Pinho

Conselho Editorial:

Ademir Damazio	Marcos Marques da Silva Paula
Carina Rodrigues Boeck	Patrícia Martins Goulart
Carlos Magno Spricigo Venerio	Paulo Rômulo de Oliveira Frota
Gladir da Silva Cabral (Presidente)	Teresinha Maria Gonçalves
Luciano da Silva	Vanilde Citadini Zanette

Coordenação editorial: Fátima Beghetto

Revisão: Gabrielle R. G. Carocchia

Projeto gráfico e Capa: Sônia Maria Borba

Ilustração da capa: Jacques-Louis David. Belisaire demandante L'AUMONE. 1781. Óleo sobre tela.
288 x 312 cm. Musée des Beaux-Arts, Lille, França

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

D598 **Direitos fundamentais e Estado [recurso eletrônico] : políticas públicas & práticas democráticas, Tomo I / Ismael Francisco de Souza, Reginaldo de Souza Vieira (organizadores) . – Criciúma, SC : Ed. UNESC, 2011.**
492 p. : il.

Modo de acesso: <<http://www.bib.unesc.net/pergamum/biblioteca/index.php>>
Vários colaboradores.

ISBN 978-85-88390-69-0

1. Política pública. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos sociais. 4. Direito e política. I. Título.

CDD. 21ª ed. 341.27

Biblioteca: Rosângela Westrupp – CRB 0364/14ª
Biblioteca Central Prof. Eurico Back – UNESC

Visite o site do Núcleo: www.nupedunesc.net

Ismael Francisco de Souza
Reginaldo de Souza Vieira
(Organizadores)

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO

Políticas públicas & Práticas democráticas

TOMO I

COLABORADORES

Alexsandra Pizzetti Benincá	José da Cruz Bispo de Miranda
Alisson Xavier Teixeira	Louvani de Fátima Sebastião Silva
André Viana Custodio	Lucas Vieira Barros de Andrade
Aragon Érico Dasso Júnior	Macell Cunha Leitão,
Beatriz Cechinel	Marizélia Peglow da Rosa
Carlos Magno Spricigo Venerio	Marli Marlene Moraes da Costa
Caroline Müller Bitencourt	Marli Palma Souza
Clélia Mara Fontanella Silveira	Mateus Arbo Martins da Silva
Clovis Gorczewski	Mônica Ovinski de Camargo
Cristian Ricardo Wittmann	Nelca Giorgiana Figueredo
Daniel Lena Marchiori Neto	Patrícia Araújo Burato
Daniela Richter	Priscila Campana
Diogo Frantz	Reginaldo de Souza Vieira
Eduardo Woltmann	Ricardo Hermany
Fábio Visintin	Roberto Bueno
Félix Hobold	Roseli Schminski Vieira
Fernanda Prince Sotero Westphal	Sabrina Cassol
Francisco Pizzette Nunes	Samya Campana
Geralda Magella de Faria Rossetto	Sandro Griza
Ismael Francisco de Souza	Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho
Ivone Fernandes Morcilo Lixa	Suzéte da Silva Reis
Izabella Régis da Silva	Virginia dos Passos Hilário
Jorge Renato dos Reis	Wilson Engelmann

Núcleo de Estudos em Direitos Fundamentais e Estado (NUPED)
Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC)
Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC)

Criciúma



APRESENTAÇÃO

A temática dos direitos fundamentais e do Estado é atual. Ela se insere na necessária reflexão de se garantir os direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e avançar na construção de novos direitos.

Assim, quando muitos advogam pelo Estado mínimo, precisamos, mais do que nunca, reforçar o Estado. Não um Estado autoritário, mas um Estado que oportunize e reconheça práticas amparadas na democracia participativa, na importância nuclear dos direitos humanos e que fortaleça e estabeleça políticas públicas que possam contribuir para resgatar a dívida histórica existente com os excluídos socialmente.

São essas reflexões que nortearam a II Jornada de Produção Científica em Direitos Fundamentais e Estado em 11 e 13 de maio de 2009, em Criciúma/SC, na Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc, tendo como tema central “**Direitos fundamentais e Estado na América Latina: políticas públicas e práticas democráticas**”, que foi analisada por *meio de* conferências e exposição de trabalhos acadêmicos distribuídos em diversos eixos temáticos com a colaboração de uma rede de pesquisadores de diversas universidades nacionais e internacionais.

O evento foi organizado pelo Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc), Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc), Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania (Nupec/Unesc) e pelo Laboratório em Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/Unesc), contando ainda com diversas universidades nacionais, instituições e núcleos de pesquisa como apoiadores.

Além disso, participaram do evento pesquisadores de onze Estados da federação, pesquisadores internacionais, representantes de mais de vinte programas de pós-graduação *stricto sensu* do Brasil e mais de cinquenta instituições superiores de ensino, além

da apresentação de 150 trabalhos científicos que foram selecionados pela Comissão Científica.

Destas 150 pesquisas apresentadas na II Jornada, 27 foram selecionadas pela Comissão Científica, representando os quatorze eixos temáticos do evento.

Assim os 27 capítulos desta obra oportunizam reflexões sobre as políticas públicas; os direitos das crianças, dos adolescentes e da juventude; a segurança pública; a exclusão econômica; a democracia; os movimentos sociais; a cidadania; a violência de gênero; a dignidade da pessoa humana; o direito à saúde; a saúde do trabalhador; o direito à educação; o direito ambiental; a teoria constitucional e as teorias do Estado.

Por fim, destacamos que as reflexões ora representadas nesta obra não podem ficar apenas adstritas aos muros de nossas universidades, mas precisam se tornar tangíveis aos excluídos socialmente.

Criciúma (SC), inverno de 2011.

Ismael Francisco de Souza

Reginaldo de Souza Vieira

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

A FAMÍLIA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NA POLÍTICA DE ATENDIMENTO À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA..... 11

Izabella Régis da Silva
Marli Palma Souza

CAPÍTULO II

VIOLÊNCIA INFANTOJUVENIL: A NECESSIDADE DE PREVENÇÃO A PARTIR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS.....27

Suzéte da Silva Reis
Daniela Richter

CAPÍTULO III

A UNIFICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS À ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL: A BUSCA PELA VERDADEIRA CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MUNICÍPIO DE CANDELÁRIA/RS43

Marli Marlene Moraes da Costa
Sabrina Cassol

CAPÍTULO IV

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A POSSIBILIDADE DO BLOQUEIO DAS CONTAS PÚBLICAS63

Alisson Xavier Teixeira
André Viana Custódio

CAPÍTULO V

A “PUBLICIZAÇÃO” E A MERCANTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA INICIATIVA PRIVADA ATUANDO COMO TERCEIRO SETOR83

Eduardo Woltmann
Mateus Arbo Martins da Silva
Aragon Érico Dasso Júnior

CAPÍTULO VI

A EFICÁCIA E A VINCULAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E DE SEUS PRINCÍPIOS BASILARES NO SETOR PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO..... 101

Francisco Pizzette Nunes

CAPÍTULO VII

A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	121
<i>Patrícia Araújo Burato</i>	
<i>Reginaldo de Souza Vieira</i>	
<i>Roseli Schminski Vieira</i>	

CAPÍTULO VIII

DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: ESTUDO SOBRE A APRECIÇÃO JUDICIAL DA MEDIDA PROTETIVA DE ALIMENTOS PROVISIONAIS, CONFORME A LEI MARIA DA PENHA, NA COMARCA DE CRICIÚMA – SC, ENTRE OS ANOS DE 2008 E 2009	135
<i>Mônica Ovinski de Camargo</i>	
<i>Beatriz Cechinel</i>	

CAPÍTULO IX

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER E O ADVENTO DA LEI MARIA DA PENHA	153
<i>Nelca Giorgiana Figueredo</i>	
<i>André Viana Custódio</i>	
<i>Ismael Francisco de Souza</i>	

CAPÍTULO X

EXCLUSÃO ECONÔMICA E SUJEITOS DESCARTÁVEIS: NOVAS CONFIGURAÇÕES DA VIOLÊNCIA ENQUANTO AS MELANCIAS SE ACOMODAM.....	171
<i>Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho</i>	
<i>Sandro Griza</i>	

CAPÍTULO XI

AS CONTRADIÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO: DESTRUIÇÃO OU TRANSIÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS?.....	195
<i>Priscila Campana</i>	
<i>Samya Campana</i>	

CAPÍTULO XII

DIREITOS HUMANOS: OPINIÃO DO CORPO DISCENTE DA UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE	213
<i>Fernanda Prince Sotero Westphal</i>	
<i>Alexsandra Pizzetti Benincá</i>	

CAPÍTULO XIII

EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: O DESAFIO CONTEMPORÂNEO ALGUMAS CONSIDERAÇÕES E PROPOSTAS.....	231
<i>Clovis Gorczewski</i>	
<i>Caroline Müller Bitencourt</i>	

CAPÍTULO XIV

O SISTEMA DE COTAS E O ACESSO DA MULHER NEGRA AO ENSINO SUPERIOR PÚBLICO	249
<i>Virgínia dos Passos Hilário</i>	
<i>Ismael Francisco de Souza</i>	

CAPÍTULO XV

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CRFB DE 1988 PARA PROPORÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E INDISPONÍVEIS.....	263
<i>Reginaldo de Souza Vieira</i>	
<i>Fábio Visintin</i>	

CAPÍTULO XVI

O ESPAÇO LOCAL NA ARTICULAÇÃO DA CIDADANIA.....	287
<i>Ricardo Hermany</i>	
<i>Diogo Frantz</i>	

CAPÍTULO XVII

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA E PLURALISMO JURÍDICO: EXPERIÊNCIAS DE JURIDICIDADE EMANCIPATÓRIA NO ENSINO SUPERIOR CATARINENSE	305
<i>Carlos Magno Spricigo Venerio</i>	
<i>Daniela Richter</i>	

CAPÍTULO XVIII

CASA DA CIDADANIA DO CURSO DE DIREITO DA UNESC.....	327
<i>Clélia Mara Fontanella Silveira</i>	

CAPÍTULO XIX

EMANCIPAÇÃO, PLURALISMO E RESSIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA.....	341
<i>Ivone Fernandes Morcilo Lixa</i>	

CAPÍTULO XX

O MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	353
<i>Cristian Ricardo Wittmann</i>	
<i>Jorge Renato dos Reis</i>	

CAPÍTULO XXI

A COMUNIDADE DE REMANESCENTES DE QUILOMBO SÃO ROQUE – PEDRA BRANCA E O PARQUE NACIONAL: UM OLHAR SOCIOJURÍDICO DO CONFLITO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS QUILOMBOLAS.....	367
<i>Félix Hobold</i>	
<i>Louvani de Fátima Sebastião Silva</i>	

CAPÍTULO XXII

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO:
UMA CONSTRUÇÃO HUMANISTA 389

Marizélia Peglow da Rosa
Sabrina Cassol

CAPÍTULO XXIII

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: OS DESAFIOS
HUMANOS DAS PESQUISAS COM O EMPREGO DA NANOTECNOLOGIA 407

Wilson Engelmann

CAPÍTULO XXIV

O MUNDO DOS DIREITOS: ENTRE RAWLS, MILL E DWORKIN 423

Roberto Bueno

CAPÍTULO XXV

A EPISTEMOLOGIA DO DIREITO COMO DILEMA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA 439

Macell Cunha Leitão
Lucas Vieira Barros de Andrade
José da Cruz Bispo de Miranda

CAPÍTULO XXVI

A INTERFACE ENTRE DIREITO E ECONOMIA NA OBRA “O CAMINHO DA SERVIDÃO”:
UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA CRÍTICA DE MICHAEL OAKESHOTT A HAYEK 451

Daniel Lena Marchiori Neto

CAPÍTULO XXVII

A TÓPICA PÓS-ARISTOTÉLICA DE THEODOR VIEHWEG E A (NÃO)RUPTURA
DA RACIONALIDADE SISTEMÁTICA DA NORMATIVIDADE 467

Geralda Magella de Faria Rossetto

A FAMÍLIA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NA POLÍTICA DE ATENDIMENTO À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA

Izabella Régis da Silva

Assistente Social da Prefeitura Municipal de Florianópolis e Mestranda do PPGSS da UFSC.
E-mail: izabellaregis@hotmail.com.

Marli Palma Souza

Prof^a. Dr^a. do Departamento de Serviço Social da UFSC.
E-mail: meyer@matrix.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O tema família e convivência familiar tem aparecido com relevância na atual conjuntura econômica e social. No Estado brasileiro, a família aparece com centralidade na política social, especialmente na *política de assistência social*. A família é reconhecida como esfera primordial para promoção do bem-estar dos seus membros e, conforme o modelo de proteção social, baseado nos seguros sociais, é na relação com o trabalho que ela deve realizar a provisão dos indivíduos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, reconhece que é da família, da sociedade e do Estado a responsabilidade por assegurar direitos universais à criança e ao adolescente. A regulamentação desse artigo deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) que propõe uma mudança na forma de intervenção estatal, prevendo programas para apoiar a família na garantia do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, como também dos demais direitos fundamentais que apregoa.

Com o objetivo de garantir o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, o Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (Conanda) e o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) aprovam, no ano de 2006, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária com a proposta de resgatar a importância do papel da família.

O Plano, subsidiado pelo levantamento nacional de abrigos¹, trouxe à tona pública que cerca de vinte mil crianças e adolescentes viviam em instituições de abrigo e mais da metade desse número estava lá de dois há mais de dez anos, e que a maioria, 58,2%, possuía família, em flagrante desrespeito aos dois princípios que norteiam os abrigos: a excepcionalidade e a provisoriedade.

O Plano aponta a centralidade da família na política pública e a intersecção da Política de Assistência Social com Política de Atendimento à Criança e ao Adolescente, reconhecendo a necessidade de ações socioassistenciais para apoiar a família e garantir a convivência familiar. Entretanto, é importante desenvolver um olhar crítico sobre a forma e o contexto em que a família ganha centralidade na política pública, para que o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária não seja ameaçado pelas históricas formas de institucionalização vigentes em políticas anteriores.

¹ O Comitê Nacional para Reordenamento de Abrigos, dada a limitação de recursos e tempo, delimitou o universo da pesquisa para levantamento nacional de abrigos aos programas que faziam parte da Rede de Serviço de Ação Continuada (Rede SAC) em detrimento de um Censo Nacional. No ano de 2003, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) iniciou a pesquisa.

Pretendemos com este artigo demonstrar que os aparatos jurídicos e conceituais da política pública constroem a família nos distintos contextos sócio-históricos, tendo incidência na convivência familiar de crianças e adolescentes.

2 FAMÍLIA E POLÍTICA DE ATENDIMENTO À INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA

A Constituição Federal de 1988 foi um marco para a sociedade brasileira, principalmente no que diz respeito à instituição da *seguridade social* enquanto proteção social no Brasil.

Os avanços na legislação de proteção social brasileira se processaram num período em que o contexto internacional aparece marcado por reformas liberais. Desde os anos de 1980, países na Europa, América Latina e Estados Unidos incorporaram nos debates políticos e sociais as ideias liberais. O Estado de bem-estar estava em erosão e por conta da reestruturação econômica iniciam-se os processos de reforma dos Estados nacionais. As reformas dos Estados, impulsionadas pelas políticas neoliberais, tiveram como objetivo o retraimento da função do Estado na regulação econômica e social fortalecendo o mercado (COSTA, 2006).

Na década de 1990, o Brasil, seguindo a tendência internacional, implementa a reforma do Estado, o que repercute nas políticas sociais, entre elas aquelas de atenção à família. A focalização e a seletividade passam a orientar, por exemplo, as políticas de transferência de renda.

Nos serviços socioassistenciais, as redes primárias são consideradas fundamentais para a cobertura dos riscos. O compartilhamento pela sociedade na cobertura dos riscos sociais é uma tendência que se fortaleceu no ideário neoliberal. Pereira (2004), ao abordar a nova divisão social do bem-estar, sinaliza que desde os anos de 1970 o *Welfare State*, que tinha o Estado como ator central na proteção social, aparece marcado pelo pluralismo de bem-estar. O pluralismo de bem-estar parte da condição de que o Estado atuaria como corresponsável ou parceiro na proteção dos riscos sociais.

Este modelo, denominado *Welfare Mix*, visa retirar a centralidade do Estado na promoção das políticas sociais trazendo a participação do mercado e da sociedade civil pela via do terceiro setor. No pluralismo de bem-estar, as responsabilidades de provisão social são divididas nos seguintes setores: *informal*, representado pela família, os amigos e os vizinhos; *voluntário*, formado pelas organizações não governamentais; *comercial* ou *mercantil* e *setor oficial*, representado pelo Estado.

Carvalho comenta que:

Os serviços coletivos implementados pelas políticas sociais estão combinando diversas modalidades de atendimento ancoradas na família e na comunidade. Fala-se hoje menos em internação hospitalar e mais em internação domiciliar, médico da família, cuidador domiciliar, agentes comunitários de saúde; e em programa de saúde da família, centros de acolhimento, reabilitação, convivência, etc. (2003, p. 270)

Em relação à política pública para a infância e adolescência, a Constituição, em seu artigo 227, reconhece que é de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado assegurar direitos universais à criança e ao adolescente. A regulamentação desse artigo está na Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual visa assegurar a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes 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.

O Estatuto apresentou a doutrina de proteção integral como nova forma de prestação dos serviços de atenção à infância e adolescência, pois os códigos de menores de 1927 e 1979 legitimavam as ações de tutela e controle sobre a infância da camada popular, sendo recorrente a institucionalização.

A convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes é um dos direitos fundamentais previstos pelo Estatuto.

Observa-se que em franca oposição à instituída internação prevista nos códigos anteriores, a nova lei defende que crianças e adolescentes permaneçam em sua própria família ou em família substituta de acordo com as modalidades de guarda, tutela e adoção. Entretanto, ao mesmo tempo em que a legislação proclama o direito à convivência familiar e comunitária em seu contexto legal, reforça a posição da família e a primazia desta na proteção social dos seus membros.

Para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, o Estatuto, em seu artigo 86, dispõe sobre a política de atendimento que deverá se materializar através de um conjunto de ações governamentais e não governamentais das três esferas do governo. O artigo 87 define a linhas de ação da política de atendimento:

- I – Políticas sociais básicas;
- II – Políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;
- III – Serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração abuso, crueldade e opressão;
- IV – Serviços de identificação e localização de pais, responsáveis, crianças e adolescentes desaparecidos;
- V – Proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

As linhas de ação constituem-se em âmbitos da proteção integral, para que, através das políticas sociais básicas priorizadas pelo Estatuto, crianças e adolescentes exercitem direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. As políticas de assistência social destinam-se a oferecer condições mínimas de bem-estar e dignidade a situações de vulnerabilidade, de onde deriva seu caráter transitório e transversal às demais políticas. A política de proteção especial é a ação social especializada destinada a crianças e adolescentes em circunstâncias especialmente difíceis, conforme define o inciso III do artigo 87 (SOUZA, 2004, p. 2).

O Estatuto prevê no artigo 98 a aplicação de medidas em virtude da ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável e em razão da própria conduta da criança ou do adolescente.

Os serviços de apoio sociofamiliar são destinados às famílias em que as crianças e adolescentes estão em circunstâncias difíceis devido à violação de direitos. Tais serviços destinam-se a auxiliar pais ou responsáveis no cuidado aos filhos, garantindo o direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária. As famílias que são atendidas por esses serviços são encaminhadas pelos órgãos de defesa dos direitos da criança e do adolescente, como os Juizados e Promotorias da Infância e Juventude e os Conselhos Tutelares. Essas famílias, obrigatoriamente, precisam participar dos atendimentos dos serviços, pois estão cumprindo uma medida de proteção, que lhes foi aplicada conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nos serviços de proteção, as famílias acabam sendo reconhecidas quando apresentam fragilidades, fracassos e incapacidades no cuidado dos filhos. Estas são denunciadas aos órgãos de proteção dos direitos da criança e do adolescente através de uma “queixa”, passando a receber uma série de medidas que dispõe a política.

As famílias atendidas pelos serviços sociais apresentam múltiplas demandas e, ao mesmo tempo, aparece reforçada a ideia nos serviços de que a família é o “problema” e a “solução” para os seus riscos sociais. Nesta perspectiva, diante da incapacidade de resolução dos problemas no âmbito da família, a colocação em abrigo se mostra como a saída mais plausível de garantir proteção e cuidado a esses sujeitos.

Mioto (2005), ao realizar estudo sobre as relações entre família e Estado, problematiza os programas de apoio sociofamiliar que se proliferaram no final dos anos de 1990. Para a autora, sob o rótulo desses programas é veiculada uma diversidade de propostas advindas do Estado, da sociedade civil e de organismos internacionais. Esses programas vêm se destacando pela necessidade de recorrer às famílias para a proteção social num contexto de reforma e

redução da proteção do Estado. Conforme Miotto, a relação estabelecida entre o Estado e a família, ao longo da história, foi de controle e de normatização.

[...] a construção histórica dessa relação foi permeada pela ideologia de que as famílias, independente de suas condições objetivas de vida e das próprias vicissitudes da convivência familiar, devem ser capazes de proteger e cuidar de seus membros. Essa crença pode ser considerada, justamente, um dos pilares da construção dos processos de assistência às famílias. Ela permitiu se estabelecer uma distinção básica para os processos de assistência às famílias. A distinção entre famílias capazes e famílias incapazes. (MIOTTO, 2005, p. 51)

Os primeiros passos para a criação das políticas públicas foram dados visando o controle através da moralização. Dessa forma, para a execução de um projeto saneador e civilizador do Brasil, foram formuladas propostas que tinham como alvo as crianças das camadas populares que constituíam um perigo para a nação. Logo, as famílias das camadas populares foram o alvo da educação saneadora sendo classificadas conforme escala de moralidade e com intervenções diferenciadas: eram eles os pobres dignos e os viciosos (RIZZINI, 1997).

As crianças abandonadas são responsabilidade do Estado, como também aquelas para as quais se utilizava o argumento de abandono moral. Essas eram as crianças que os pais não conseguiam cumprir o dever de educá-las e acabavam nos vícios. Dessa forma, a família perdia o poder sobre os filhos, passando ao Estado a incumbência de educá-los, instruí-los e vigiá-los. Com os Códigos de Menores de 1927 e de 1979 foram recorrentes as práticas de internação de crianças e adolescentes, ora com a intenção de correção do comportamento desviado, ora propondo uma reeducação para a integração social demonstrando uma desqualificação da família nos cuidados de crianças e adolescentes.

3 O PLANO NACIONAL DE PROMOÇÃO, PROTEÇÃO E DEFESA DO DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

No ano de 2006, o Conanda² e o CNAS³ aprovaram o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, que faz parte da política da criança e do adolescente vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

A discussão que culminou na elaboração de um Plano Nacional como uma Política de Estado para a questão da infância e adolescência em situação de abrigo teve início no ano de 2001. Nesse ano, a denominada Caravana da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados percorreu diversos Estados do país e conheceu a situação dos programas de abrigo. Os resultados da caravana foram apreciados por órgãos do governo federal conectados com a *política de assistência social* e Ministério da Justiça. Também participou da discussão a Unicef⁴, um organismo com aporte teórico acerca da discussão internacional sobre infância. A elaboração do Plano demandou uma ampla mobilização dos vários atores e instituições representativas dos direitos da criança e do adolescente de todas as regiões do País.

O governo federal apresentou o Plano entendendo a necessidade de desconstruir a ideologia paternalista que qualificava as famílias como incapazes, suspendendo o poder familiar e recorrendo à “velha internação”. Num primeiro momento a proposta do Plano foi de reordenamento dos abrigos para o atendimento adequado conforme os pressupostos legais, haja vista que os dados da pesquisa nacional de abrigos, que subsidiou a discussão da temática da institucionalização, demonstraram que no ano de 2006 o número de crianças e adolescentes em acolhimento institucional chegava a 20 mil.

² Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

³ Conselho Nacional de Assistência Social.

⁴ Fundo das Nações Unidas para a Infância.

O Plano foi organizado a partir de três áreas temáticas que compõem o direito à convivência familiar e comunitária. Em primeiro lugar a família de origem e a comunidade trazendo a importância dos vínculos e o papel das políticas de apoio-sociofamiliar; em segundo, a intervenção institucional nas situações de ameaça ou rompimento dos vínculos familiares, o reordenamento dos programas de abrigo e a implementação dos programas de famílias acolhedoras; e em terceiro, a adoção. Para a discussão dessas temáticas, o Plano apresenta o marco legal, conceitual e situacional que fundamenta as ações para o restabelecimento dos vínculos familiares.

As estratégias, objetivos e diretrizes deste Plano estão fundamentados primordialmente na prevenção ao rompimento dos vínculos familiares, na qualificação do atendimento dos serviços de acolhimento e no investimento para o retorno ao convívio com a família de origem. Somente se forem esgotadas todas as possibilidades para essas ações, deve se utilizar o recurso do encaminhamento para a família substituta, mediante procedimentos legais que garantam a defesa do superior interesse da criança e do adolescente. (BRASIL, 2006, p. 17)

Realizamos uma análise do Plano e identificamos que os aparatos jurídicos e conceituais reconhecem a família como recurso da política pública, a qual deve ser potencializada para a provisão do bem-estar de crianças e adolescentes. A proposta do Plano demonstra investimento e prioridade do governo em fomentar ações trazendo a centralidade da família na sociedade, mediante uma política focalizada, que busca investir nas famílias de origem, acionando os seus recursos e a rede de apoio para garantir a convivência familiar. A família é qualificada como capaz de atender às demandas dos seus membros desde que potencializada para exercer sua função e assim serve de recurso para a intervenção estatal.

O Plano se fundamenta na responsabilidade familiar, que está pautada na Constituição Federal de 1988, a qual reconhece que a “família é a base da sociedade” (art. 226), e que compete a ela, juntamente com o Estado e a sociedade em geral, assegurar à crian-

ça e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais (art. 227). A esse respeito, Campos e Miotto (2003) analisam que o Brasil tem uma orientação familista nas políticas sociais, ou seja, traz a família como primordial na provisão do bem-estar, que se fundamenta na legislação. Entre outros artigos, as autoras sinalizam o 229 da Constituição Federal de 1988, que atribui aos filhos a obrigação com os pais na velhice, em situação de carência ou doença, como também a responsabilidade dos pais na criação dos filhos. O Estatuto da Criança e Adolescente ainda é mencionado pelas autoras como um instrumento que veio transformar a atenção à criança e ao adolescente e que ao mesmo tempo reforça a posição da família. Elas abordam em específico o direito à convivência familiar, apontando a primazia da família nos cuidados dos indivíduos.

Desta feita, consideramos que o *Plano de Convivência Familiar*, diante da realidade concreta vivenciada pelas famílias em que crianças e adolescentes estão em medida de abrigo, permeia uma orientação familista da política pública.

Conceitualmente, a família está assim contida no Plano:

A família pode ser pensada como um grupo de pessoas que são unidas por laços de consangüinidade, de aliança e de afinidade. Esses laços são constituídos por representações, práticas e relações que implicam obrigações mútuas. Por sua vez, estas obrigações são organizadas de acordo com a faixa etária, as relações de geração e de gênero, que definem o *status* da pessoa dentro do sistema de relações familiares. (BRASIL, 2006, p. 27)

A família de origem, a família extensa e as redes de apoio são fontes de recursos a serem acionados para garantia da convivência familiar e comunitária.

[...] o cotidiano das famílias é constituído por outros tipos de vínculos que pressupõem obrigações mútuas, mas não de caráter legal e sim de caráter simbólico e afetivo. São relações de apadrinhamento, amizade e vizinhança e outras correlatas. (BRASIL, 2006, p. 27)

A família é reconhecida como pilar fundamental para promoção do bem-estar, um local de obrigações recíprocas entre os membros e com capacidade de se reorganizar. Contudo, num país que, conforme Pereira (2004, p. 153), continua entre as dez piores distribuições de renda do mundo, com os 10% mais pobres da população detendo 0,5% do Produto Interno Bruto, enquanto os 10% mais ricos têm 46,7% da riqueza nacional, é utópico pensar que a família sem a presença do Estado possa promover cuidados e proteção.

No Plano, os serviços consistem na prestação de apoio psicossocial para potencializar os recursos das famílias de origem, família extensa e de uma rede de apoio social. O Plano propõe a ampliação dos serviços de orientação e apoio sociofamiliar.

As famílias que chegam aos programas de atendimento são aquelas que falharam nos cuidados dos filhos, e as possibilidades de proteção foram esgotadas. A realidade vivenciada comprova que essas famílias fragilizadas em sua estrutura material e emocional apresentam escassos recursos para a solução dos problemas.

A esse respeito, Campos e Mito discorrem:

As informações que as pesquisas da área demográfica nos trazem e pelo conhecimento científico acumulado, temos claras indicações da diminuição da “capacidade protetora das famílias”, de camadas populares e também de segmentos médios, estando as mesmas, portanto, impossibilitadas de atender tamanhas expectativas. A diminuição de sua “capacidade protetora” está vinculada ao empobrecimento acelerado da população brasileira nas décadas pós-ajuste estrutural, aliado às configurações renovadas da família brasileira. (2003, p. 182)

Os casos envolvendo violência contra criança, a falta de cuidados, o trabalho infantil, problemas de dependência química pelos pais, as múltiplas carências socioeconômicas têm mostrado a limitação das famílias para os cuidados e ao mesmo tempo se vê reforçada a ideia de família como lugar privilegiado de proteção. A

precariedade em que vivem muitas famílias não permite um ambiente familiar que proporcione às crianças e adolescentes um desenvolvimento psicossocial, o qual foi muito bem conceituado no Plano. O reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeito de direitos e em condição peculiar de desenvolvimento é imprescindível, considerando o alarmante abandono e descaso com esses sujeitos ao longo da história. No entanto, proporcionar um ambiente favorável ao desenvolvimento psicossocial de uma criança não depende somente das relações de vínculo, mas de condições materiais que são determinantes para a formação do ser social, principalmente se considerarmos que estamos em uma forma de sociabilidade demarcada pela divisão de classes.

De acordo com Miotto,

[...] os processos de análise e intervenção no grupo familiar têm se limitado basicamente a dois níveis. Um, em que a família é tomada como auxiliar de processos diagnósticos e de tratamento de problemas individuais. Outro, em que a família é tomada também como problema e transformada em objeto terapêutico. Em ambos os níveis tende a haver o enclausuramento do social e mais especificamente, dos problemas sociais nos muros domésticos. (2005, p. 55)

O Plano também pretende orientar os serviços técnicos especializados como, por exemplo, na decisão de abrigamento – esta deve ser resultado de uma recomendação técnica a partir de um diagnóstico interdisciplinar realizado com a devida fundamentação teórica a respeito do “desenvolvimento infantil, etapas do ciclo de vida individual e familiar, teoria dos vínculos e estratégias de sobrevivência de famílias em situação de extrema vulnerabilidade” (BRASIL, 2006, p. 67). O diagnóstico, de acordo com a orientação, irá reconhecer a situação familiar a partir da qualidade das relações e da articulação da família. Nesta direção, a família será reconhecida como um sistema gerador de demandas que deve buscar soluções para as suas necessidades a partir do próprio sistema.

A realidade vivenciada comprova que os diagnósticos sociais elaborados vão demonstrar as falhas de uma determinada família para organização da proteção. Na incapacidade da família para a resolução dos problemas e de fazer a proteção, as crianças podem ser abrigadas. A elaboração de um diagnóstico reconhecendo que determinada família tem falhas para proporcionar cuidados e proteção para criança ou adolescente, em grande parte é o caminho para proteger as crianças contra maus-tratos, violências, exploração, convivência com dependentes químicos, envolvimento com tráfico de entorpecentes. Porém, um diagnóstico da situação familiar tem que situar a família num contexto social contraditório e apontar o que é necessário para promover a proteção sem perder de vista o todo e excluir da análise a contradição da sociedade e a desigualdade social. Essa é uma problemática para os assistentes sociais e demais operadores dos serviços.

A questão é merecedora de discussão levando em consideração os dados da pesquisa nacional de abrigos publicados no Plano nacional. Os dados demonstram que expressiva parcela de crianças e adolescentes abrigados se deve à pobreza; mais da metade tem família e mantém vínculos; mais da metade está na instituição de dois há mais de dez anos, desrespeitando o princípio da brevidade, e apenas 10,7% pode ser adotado judicialmente. Esses dados indicam que a maioria das crianças e adolescentes abrigados não está apta para adoção nem houve o retorno ao convívio familiar, embora tenham vínculos. Isto indica que, no período em que permaneceram nos abrigos, as políticas econômicas e sociais propostas pelos governos não conseguiram atender às demandas das famílias. Contudo, a proposta de articulação das potencialidades da família e da comunidade aparece como o caminho para garantir a convivência familiar. Avaliamos que essa proposta aponta um caminho irreal, que utiliza as famílias como recurso.

A partir dos elementos constitutivos do Plano – marco legal e conceitual – identificamos a maximização da capacidade da família para a provisão do bem-estar dos seus membros e garantia da convivência familiar de crianças e adolescentes. Reconhecemos assim

que os aparatos da política pública constroem a família e podemos concordar com a tendência familista, tão apropriadamente apontada por Campos e Miotto (2003).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Problematizou-se neste ensaio, com recursos de literatura específica e de normativas, a incorporação da família na política de atendimento à criança e ao adolescente. Alguns aspectos puderam ser evidenciados e são merecedores de atenção pela repercussão que possam ter na proteção à família e conseqüentemente na infância e juventude.

Foi possível observar que a família, enquanto uma instituição historicamente construída e articulada de forma dialética com o contexto em que está inserida, segue desempenhando papéis ao longo da história e mantém a função de provedora primordial do bem-estar de seus membros.

Compreendemos que, para a proteção, bem como para a garantia da convivência familiar de crianças e adolescentes, a família necessita de estruturas de cuidados no que se refere a recursos materiais, condições psicossociais e aspectos do funcionamento cotidiano. São as famílias com crianças e adolescentes, como também as famílias com idosos e com pessoas com deficiências as que mais demandam serviços para os cuidados dos seus membros.

Avaliamos que o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária pode caminhar na contramão da proteção social se seguir a tendência internacional de centralidade da família na política social, o que, em última análise, significa depositar nesse grupo responsabilidades que ele não pode suportar.

Concluimos que a construção da família na política de atendimento à infância e adolescência, nos distintos contextos sócio-históricos, demonstra a contradição da relação entre proteção à família, Estado e políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Presidência da República. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília: Conanda, 2006.

CAMPOS, M.; MIOTO, R. C. T. Política de Assistência Social e a posição da família na política social brasileira. *Ser Social: Revista do Programa de Pós-Graduação em Política Social*, Brasília, UnB, n. 12, p. 165-190, jan./jun. 2003.

CARVALHO, M. C. B. de. Famílias e políticas públicas. In: ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amália Faller (Orgs.). *Família: Redes, Laços e Políticas Públicas*. São Paulo: IEE/PUCSP, 2003, v. 2, p. 267-274.

COSTA, L. C. da. *Os impasses do Estado capitalista: análise da reforma do Estado no Brasil*. São Paulo: Cortez; Ponta Grossa: UEPG, 2006.

MIOTO, R. C. T. Novas propostas e velhos princípios: a assistência às famílias no contexto de programas de orientação e apoio sociofamiliar. In: LEAL, M. C.; MATOS, M. C.; SALES, M. A. (Orgs.). *Política Social, Família e Juventude: uma questão de direitos*. Rio de Janeiro: Cortez, 2005. p. 43-59.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. Pluralismo de bem-estar ou configuração plural da política social sob o neoliberalismo. In: BOSCHETTE, Ivanete et al. (Org.). *Política social: alternativas ao neoliberalismo*. Brasília: UnB. Programa de Pós-graduação em Política Social, Departamento de Serviço Social, 2004. p. 135-159.

RIZZINI, I. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil*. Rio de Janeiro: USU Ed. Universitária/Petrobrás – BR/Ministério da Cultura, 1997.

SOUZA, M. P. As estratégias dos serviços de proteção. *Revista Virtual Textos e Contextos*, PUC/RS, Porto Alegre, ano III, n. 3, 2004. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/textos>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

VIOLÊNCIA INFANTOJUVENIL: A NECESSIDADE DE PREVENÇÃO A PARTIR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

Suzéte da Silva Reis

Advogada. Pós-graduanda em Direito do Trabalho, Previdenciário e Processo do Trabalho e Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Membro do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas da mesma Universidade. Bolsista da Capes. E-mail: suzyreis@yahoo.com.br.

Daniela Richter

Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Direito, Advogada, Professora concursada da UNISC, Professora do Centro Universitário Franciscano (Unifra). Integrante do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas da Unisc. E-mail: danielarichter@ibest.com.br

1 INTRODUÇÃO

No atual sistema de proteção da infância e juventude brasileira, certo é que ainda restam aspectos controversos em se tratando de sua proteção e aplicabilidade. Assim, a compreensão do tema conduz obrigatoriamente ao entendimento da necessidade de investimento em políticas públicas educacionais para a prevenção de atos infracionais, bem como para assegurar a eficácia das medidas socioeducativas, quando de sua aplicação.

Portanto, quando se fala em direito da criança e do adolescente, é impossível a sua dissociação do caráter protetivo, dada a especificidade de toda a sua fundamentação conceitual. Nesse sentido, deve-se considerar que as crianças e os adolescentes receberam, sob a unívoca redação dos citados diplomas legais, o *status* de sujeitos de direitos, o que significa, na prática, a visualização de que eles não são apenas receptores de garantias, e sim cidadãos em processo peculiar de desenvolvimento. Esse novo ramo do Direito, reafirmado no Brasil pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, além de estabelecer a convicção de que eles são merecedores de direitos próprios e especiais, determina que, em razão disso, estão a necessitar de uma assistência especializada, diferenciada e integral.

Nesse caminho, primeiramente será realizado um breve relato sobre o direito fundamental à educação e sua correlação com a *Doutrina da Proteção Integral*. A seguir, se abordará a figura do ato infracional e o papel das políticas públicas como meio de evitar tal ato.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO, A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A VIOLÊNCIA

A educação, direito fundamental do homem, é imprescindível para a sua formação, preparação para o trabalho e exercício da cidadania. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê que todo homem tem direito à instrução, sendo a instrução elementar gratuita e obrigatória. O artigo 26, inciso 2, da referida Declaração, determina que a instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais.

O ordenamento jurídico brasileiro garante a todos, inclusive sem distinção em relação à faixa etária, o direito à educação. Na Constituição Federal de 1988, o artigo 6º a elenca junto ao rol dos direitos sociais. O artigo 205 diz que a educação é um direito de

todos e dever do Estado e da família, que visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. A Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação – aponta para o mesmo sentido. O artigo 22 lista as finalidades da educação básica, quais sejam, o preparo para o exercício da cidadania, a preparação para o trabalho e o prosseguimento em estudos posteriores. A Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – no artigo 53, praticamente reproduz a previsão do artigo 205 da Constituição Federal.

O papel que a educação desempenha para a formação integral do ser humano é inquestionável, porque ela pode contribuir para a formação da consciência crítica e, em consequência, auxiliar o cidadão a conhecer e exigir o respeito aos seus direitos. Conforme aponta Amim,

A ignorância leva a uma passividade generalizada que impede questionamentos, assegura a manutenção de velhos sistemas violadores das normas que valorizam o ser humano e impõe o crescimento do ser humano e o conseqüente amadurecimento da nação. (AMIM, 2006, p. 51)

Entretanto, há que se pensar de que forma, nos dias atuais, a escola dá conta de atender às expectativas que recaem sobre ela. Problemas como desinteresse, repetência, indisciplina e violência escolar são alguns dos sintomas de que algo não vai bem. A previsão de uma educação de qualidade, que busca formar o ser humano como um todo, desenvolvendo todos os aspectos da sua personalidade se choca com o quadro que é encontrado nas escolas brasileiras, que receberam a incumbência de, isoladamente, darem conta dessa educação. E essa é uma tarefa da família e da sociedade em geral. Ações conjuntas, políticas públicas eficazes, envolvimento da comunidade local e comprometimento de pais e educadores se configuram como um dos caminhos para a solução dos problemas que se apresentam.

Um avanço significativo em relação ao tratamento dispensado às crianças e adolescente foi trazido pela Constituição Federal de

1988, que adotou a *Doutrina da Proteção Integral*, abandonando a *Situação Irregular*, que dispensava a todos o mesmo tratamento e que pode ser sintetizada nas palavras de Saraiva:

Pelo superado Código de Menores, a declaração de situação irregular tanto poderia derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono). Haveria uma situação irregular, uma “moléstia social”, sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam. Reforça-se a idéia dos grandes institutos para “menores” (até hoje presentes em alguns setores da cultura nacional), onde se misturavam infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus-tratos com vitimizadores autores de conduta infracional, partindo do pressuposto de que todos estariam na mesma condição: estariam em “situação irregular”. (SARAIVA, 2006, p. 24)

Ao contrário do período de vigência do Código de Menores, a *Doutrina da Proteção Integral* substitui o termo “menor”, empregado normalmente de maneira negativa ou pejorativa, por criança e adolescente que adquirem a condição de sujeitos de direitos, alvo da proteção do Estado, da família e da sociedade.

A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão preestabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim, a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível. (AMIM, 2006, p. 16)

A *Doutrina da Proteção Integral*, adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, está baseada no tríplice sistema de garantias. O sistema primário volta-se às políticas públicas de atendimento às crianças e adolescentes e está previsto especialmente

nos artigos 4º e 85 a 87 do Estatuto. O sistema secundário trata das medidas protetivas, para aquelas crianças e adolescentes em situação de risco, seja pessoal ou social, que não são autores de ato infracional, mas vítimas. Ele tem natureza protetiva, agindo quando há violação dos direitos, e está previsto nos artigos 98 a 101. E o sistema terciário trata das medidas socioeducativas que devem ser aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei, quando eles são os autores do ato infracional, e está regulado nos artigos 103 a 112.

A passagem de um paradigma a outro, portanto, impõe uma nova organização para atender a exigência do Estatuto da Criança e do Adolescente de que sejam adotadas medidas governamentais: políticas públicas, programas de assistência social, serviços de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de maus-tratos, abuso ou negligência, extensivos inclusive aos seus pais ou responsáveis, sem nunca perder de vista o respeito à condição de pessoa em desenvolvimento da criança e do adolescente.

Esta peculiar condição de pessoa em desenvolvimento faz-se inquestionável, a justificar a existência de um sistema diferenciado de atendimento deste segmento da população. Nem sempre, porém, esta condição especial é percebida por todos. Ao menos nem sempre é percebida como uma condição que atinja a todos que se encontram na mesma etapa de desenvolvimento. (SARAIVA, 2006, p. 33)

A família e a comunidade também têm responsabilidades. À família, em decorrência do poder familiar, cabe promover as condições para o desenvolvimento, a educação, a alimentação, o lazer, o acesso à cultura e a informação. Já a comunidade local onde vive a criança tem melhores condições de verificar se os seus direitos estão sendo cumpridos ou o tipo de violação que está ocorrendo. Todas as ações devem estar dirigidas para atender ao melhor interesse das crianças e adolescentes, portanto.

O fato de se conviver em uma sociedade – família, escola, comunidade – impõe a todos o dever de respeitar os espaços e os direitos dos demais, bem como ter respeitado seus direitos e espa-

ços. Esse aprendizado deve iniciar no núcleo mais restrito, que é a família. Entretanto, esta instituição hoje passa por algumas crises, e seu papel acaba por ficar um tanto confuso, falhando ao tentar estabelecer os limites necessários às crianças. Espera-se que a escola assuma a responsabilidade e forme alunos disciplinados e respeitadores, o que não acontece, porque eles não aceitam as restrições impostas por ela e acabam se rebelando.

A disciplina escolar está intimamente ligada às questões de limites, ou seja, à posição que cada um ocupa. Até onde cada um pode avançar, reconhecendo e respeitando as fronteiras existentes, inscritas nos valores construídos durante as muitas histórias da vida. (PEREIRA, 2004, p. 99)

Historicamente, a escola tem, entre suas funções, a promoção da disciplina. Foucault, na obra *Vigiar e Punir*, destaca o papel disciplinador, desempenhado pela escola, juntamente com os institutos militares e que objetivava o controle sobre o corpo da pessoa, já que a fase dos suplícios (castigos corporais severos) estava em decadência. Diz ele que disciplinas são “os métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade” (FOUCAULT, 1987, p. 118). Para alcançar este objetivo e perpetuar o poder e a dominação, lançava-se mão da punição, que garantiria o cumprimento das normas estabelecidas. Atualmente na escola ainda se observa um sistema semelhante: bom aluno, boas notas, bom comportamento e outros são termos utilizados pelos educadores para se referirem àqueles alunos disciplinados, comportados e de acordo com as normas e regras de comportamento preestabelecidas.

Nesse sentido, qualquer desvio deve receber o castigo disciplinar (FOUCAULT, 1987, p. 150). Evidentemente, e felizmente, essa visão do castigo corporal foi há muito superada. Mas ela acaba se manifestando, muitas vezes, de forma mais sutil, quando a escola tenta fazer com que o aluno, independentemente de suas características, anseios, expectativas em relação à escola, sonhos, proble-

mas, tenta moldá-lo (e aos demais) às regras de comportamento tidas como ideais. Por ser um local que abriga uma diversidade de pessoas, a escola passa também a ser um local de conflitos, que devem ser administrados de modo a permitir, ao mesmo tempo, o andamento dos projetos pedagógicos e não sufocar o próprio conflito, pensando que deste modo ele estará solucionado.

Como a violência é dinâmica, ela não se reduz à sua estrutura utilitária porque os defeitos de ruptura aparecem para contestar a ordem estabelecida pela instituição. A escola pode conseguir a “*paz dos cemitérios*” quando os alunos fazem suas cópias, mas não pode se iludir pensando que, ao mascarar os conflitos, ela os elimina. Pelo contrário, quanto maior for a violência da instituição na tentativa de impor uma pacificação do ambiente, maiores serão as explosões de “ilegalidades” dos alunos que tentarão, através das diversas modulações de violência, quebrar o processo de atomização escolar. (GUIMARÃES, 2005, p. 92)

Para Colombier, Mangel e Perdriault, a situação é complexa e exige a adoção de posturas definidas e integração entre todos aqueles que estão envolvidos, direta ou indiretamente, com os alunos que se rebelam, são indisciplinados, agressivos e violentos. Dizem os autores que,

Só quando se leva em conta a realidade em toda a sua dificuldade, com todas as suas contradições, se pode articular proposições e elaborar projetos. A escola sonhada não existe mais ou não existe ainda. Resta uma instituição e pessoas que aí se reúnem para trabalhar. Todo um conjunto de forças que é possível desmassificar, reduzir, para que elas não fiquem mais mobilizadas nestas condutas fracassadas. Mas que, liberadas pela formulação de perspectivas diferentes, permitam o acontecimento de novas situações. Deslocamento que não traz uma solução global aos problemas da escola e da educação, mas que pelo menos permite resistir e sobreviver e vai colocando setas em direção a uma nova educação. (COLOMBIER; MANGEL; PERDRIULT, 1989, p. 85)

Assim, também além dos muros escolares, os adolescentes se rebelam e não aceitam normas de conduta predeterminadas pelos adultos. A falta de estrutura familiar, muitas vezes, o uso do álcool e de drogas, causadores da dependência química, o fracasso escolar, o rótulo de indisciplinado, entre outros, são fatores que contribuem para que os adolescentes acabem se envolvendo em atos violentos: furtos, roubos, homicídios e toda uma gama de ações tipificadas pelo Código Penal. A essas ações, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, se dá o nome de ato infracional.

3 O ATO INFRACIONAL

O ato infracional é mais complexo do que o problema da indisciplina e da violência escolar e está assim descrito no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Sempre que houver a violação de uma norma que define crime ou contravenção penal cometida por crianças ou adolescentes se estará diante de um ato infracional.

Só há ato infracional se houver figura típica penal que o preveja. E este conceito, para submeter-se o adolescente a uma medida socioeducativa, manifestação de Poder do Estado em face de sua conduta infratora, esta ação há de ser antijurídica e culpável. O garantismo penal impregna a normativa relativa ao adolescente infrator como forma de proteção deste em face da ação do Estado. A ação do Estado, autorizando-se a sancionar o adolescente e infligir-lhe uma medida socioeducativa, fica condicionado à apuração, dentro do devido processo legal, que este agir típico se faz antijurídico e reprovável – daí culpável. (SARAIVA, 2006, p. 76)

Compete aos conselhos tutelares¹ a aplicação das medidas de proteção às crianças e adolescentes. Diz o Estatuto, no artigo 131,

¹ O artigo 132 do *Estatuto da Criança e do Adolescente* determina que “em cada município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução”. O artigo 262 diz que “enquanto não instalados os

que o conselho tutelar “é o órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”. Sua ação “é não-jurisdicional, de natureza eminentemente administrativa e sujeita à revisão pelo Juiz da Infância e Juventude da Comarca” (SARAIVA, 2006, p. 63).

Há um entendimento equivocado de que o Estatuto é o responsável pela impunidade e pelo aumento do cometimento de atos infracionais, em decorrência do seu caráter de proteção de direitos. Ao contrário, como lembra Saraiva, ele contempla um modelo de responsabilidade juvenil e de sanções, em caso de infração, como as medidas socioeducativas de caráter pedagógico, mas que podem ter, conforme a gravidade do ato cometido, inclusive a privação de liberdade (SARAIVA, 2006, p. 63). Dentre as alternativas, alguns propõem punições mais severas e, até mesmo, a redução da maioridade penal.

Os mesmos elementos que se observam quando da ocorrência de um crime pelo adulto devem ser observados quando do cometimento do ato infracional, não podendo o adolescente ser punido quando, nas mesmas circunstâncias, um adulto não o seria.

Evidentemente que a caracterização do ato infracional impõe, para fins de aplicação de medida socioeducativa, ante seu inequívoco caráter retributivo, que a conduta seja não apenas típica, mas antijurídica, ou seja, que não tenha o autor da conduta agido sob o pálio de alguma excludente de antijuricidade. Há, ainda, que se levar em conta os elementos da culpabilidade. (SARAIVA, 2006, p. 63)

As medidas socioeducativas têm uma natureza híbrida, porque possuem, de um lado, um caráter pedagógico e, de outro, um caráter sancionatório. Elas não objetivam pura e simplesmente punir, não têm o caráter retributivo. Elas visam à reintegração do adolescente infrator com a sociedade. Todavia, além do caráter pedagógico, educativo, ela visa responsabilizar o adolescente por sua conduta.

Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária”. Das decisões do Conselho Tutelar cabe recurso à Justiça da Infância e Adolescência.

No entanto, importante é reconhecer sua especificidade em relação à seara criminal, e pautar a atuação jurídica em conformidade com tal reconhecimento, pois, em que pese não estarem os adolescentes sujeitos à normativa penal, são, sim, responsáveis pelos seus atos, frente à sistemática que lhes é peculiar, qual seja, a da Lei 8.069/90, e devem receber prestação jurisdicional condizente com os parâmetros legais ali definidos. (MORAES, 2006, p. 806)

No mesmo sentido, alerta Saraiva:

Há que existir a percepção que o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional, e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico, e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania. (2006, p. 93)

Fator importante a considerar é que, ao aplicar uma medida socioeducativa, o convívio com a família e com a comunidade é imprescindível para que a reintegração do adolescente infrator possa acontecer. Atacar tão somente os efeitos não tem a mesma abrangência do que atacar as causas e, desse modo, é imprescindível atuar no sentido de prevenção. As políticas públicas preventivas representam a alternativa mais eficaz para a prevenção da violência juvenil e o cometimento dos atos infracionais. É o que se passa a demonstrar.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS COMO ALTERNATIVA DE PREVENÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 selou um novo modelo de tratamento e assistência à infância, incorporando a *Doutrina da Proteção Integral* e garantindo o *status* de sujeitos de direitos às crianças e adolescentes. A partir de então os dispositivos constitucionais são regulamentados: a Lei 8.069/90 –

Estatuto da Criança e do Adolescente – que consolida a *Doutrina da Proteção Integral*; a Lei 8.080/90, que institui o Sistema Único de Saúde – SUS; a Lei 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, que dispõe sobre a organização da assistência social e a Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, que regulamenta os sistemas de educação e ensino. O objetivo comum dessas leis é a descentralização política e administrativa e a participação da sociedade na formulação das políticas².

O artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que “a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, ou seja, prevê a articulação entre as diferentes esferas públicas e os diversos segmentos da sociedade civil no sentido de elaborarem e executarem as políticas de atendimento.

Compreende-se, hodiernamente, a política de atendimento, como o conjunto de instituições, princípios, regras, objetivos e metas que dirigem a elaboração de planos destinados à tutela dos direitos da população infanto-juvenil, permitindo, desta forma, a materialização do que é determinado, idealmente, pela ordem jurídica. (TAVARES, 2006, p. 288)

Para Tavares, enquanto as políticas sociais básicas dão conta da satisfação mínima necessária à sobrevivência e existência digna, as políticas de assistência social surgem “a partir da constatação de que existem desigualdades que dificilmente serão contornadas mediante a ação espontânea dos mecanismos sociais, destinando-se, portanto, a impulsionar a mobilização social vertical dos indivíduos” (TAVARES, 2006, p. 291).

Com a Constituição Federal de 1988, que promoveu a descentralização político-administrativa, os municípios passam a ter maior autonomia para tratar as questões de interesse dos seus habitantes e as atribuições que lhe foram conferidas pelo texto constitucional

² Conforme Diretrizes Nacionais para a Política de Atenção Integral à Infância e Adolescência, do Conanda.

e demais normas. Assim, cabe ao município “a coordenação da política em nível local e a execução direta de políticas e programas de atendimento em sua maioria” (TAVARES, 2006, p. 293), o que não significa dizer que as políticas sociais possam se resumir à ação local. Acontece que em razão da maior proximidade do Poder Público local com a população fica mais fácil conhecer a sua realidade.

Neste sentido, Dowbor diz que “ao definirmos a unidade básica de gestão social, em termos territoriais, estamos definindo o ponto onde as diversas iniciativas adquirem coerência de conjunto e onde podem ser articulados mecanismos participativos capilares da própria comunidade” (DOWBOR, 2002, p. 243).

Devido à importância da gestão local, os municípios tiveram aumentada sua participação nos recursos públicos, exatamente para dar conta das novas atribuições. As parcerias entre prefeituras e entidades da sociedade civil, com apoio da Unicef, por exemplo, têm apresentado resultados significativos e se constituem numa forma viável para concretização das políticas de atendimento.

Os Conselhos Municipais dos Direitos das Crianças e Adolescentes, por estarem no âmbito do município, possibilitam uma maior participação da sociedade na formulação das políticas e controle de sua execução, já que sua formação é paritária, ou seja, metade dos membros representa o governo e a outra metade representa a sociedade, através de organizações ou instituições representativas. A este Conselho compete efetuar o registro das entidades de atendimento não governamentais, inscrever e avaliar seus programas propostos, organizar e conduzir o processo de escolha dos conselheiros tutelares, processo este que está disciplinado no artigo 139 do ECA.

Para que realmente atinjam os fins a que se destinam, o adolescente egresso de medidas socioeducativas precisa ser reintegrado à vida social, escolar e profissional. Para tanto, necessita de ações pedagógicas que promovam a melhoria de sua escolaridade, da sua profissionalização e do apoio para a organização de um projeto de vida, nas quais a sociedade, a escola, a família, a comunidade local poderão atuar de modo pontual.

A criação de programas de medidas socioeducativas em meio aberto nos municípios permite, em razão da proximidade física, um melhor acompanhamento do adolescente, atendimento às suas necessidades e de sua família, bem como a sua reinserção, através de projetos de qualificação ou capacitação profissional, convênios com empresas locais ou outros órgãos da comunidade. Outro ponto positivo é que o adolescente não irá se afastar das atividades escolares do sistema regular de ensino, fator esse que é o diferencial das medidas socioeducativas, visto que elas não têm um caráter apenas punitivo.

Neste sentido, são priorizadas as medidas em meio aberto (prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) em detrimento das restritivas da liberdade (semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, a serem usadas em caráter de excepcionalidade e brevidade). Trata-se de uma estratégia que busca reverter a tendência crescente de internação dos adolescentes, bem como confrontar a sua eficácia invertida, uma vez que se observa que a elevação do rigor das medidas não tem melhorado substancialmente a inclusão social dos egressos desse sistema.

Sendo a educação uma política pública eficaz na garantia dos direitos das crianças e adolescentes, é necessário que estes frequentem a escola. O Estado, através de políticas públicas em educação, deve garantir aos seus cidadãos o acesso e a permanência na escola, sem descuidar, entretanto, da qualidade do ensino oferecido pela escola pública básica. No Brasil, durante a década de 1990, especialmente, mudanças significativas foram introduzidas no sistema de ensino, como a descentralização e os projetos de gestão democrática. Essa flexibilização possibilitou a autonomia das escolas e a divisão, entre os entes federados, das responsabilidades financeiras e administrativas.

A organização do ensino no Brasil, hoje, está a cargo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e será feita em regime de colaboração. Os municípios atuarão prioritariamente na educação infantil e no ensino fundamental, enquanto Estados e Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e

médio. Isso não significa que cada um dos entes federados somente é responsável por aquele nível de educação estabelecido. Os níveis de participação da sociedade dependem da abertura dos canais de participação que serão disponibilizados pelo Poder Público. Quanto maior for a participação, maiores as possibilidades de se alcançar o sucesso.

Muitos dos adolescentes infratores têm um nível de escolaridade baixa, nenhuma formação para o trabalho, lembrando que o texto constitucional define a preparação para o trabalho como um dos objetivos da educação. Desse modo, poucas são as perspectivas que eles têm. A necessidade de sobrevivência, inúmeras vezes, empurra o adolescente para o caminho da violência e da delinquência. Na falta de alternativas, a violência aparece como a única solução possível.

As políticas públicas, portanto, devem estar voltadas para o atendimento das causas e não somente dos efeitos, enfrentando a erradicação da pobreza, o desemprego, a qualificação para o exercício de um trabalho digno. Os investimentos em educação, desde a infraestrutura até a qualificação dos profissionais, são fundamentais para uma escola de qualidade, cujo papel é indispensável na formação integral do ser humano, preparando-o para o mundo do trabalho e auxiliando na construção de sua cidadania.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a República Federativa do Brasil, mesmo sendo um Estado Democrático de Direito, ainda está distante e, por vezes, até parece indiferente à efetivação dos direitos fundamentais e humanos contemplados sob a unívoca redação do texto constitucional. Isso se acentua em relação ao direito da criança e do adolescente e às suas violações, pois, mesmo após vinte anos da promulgação do Estatuto, a grande questão está em como tornar efetivos todos esses novos direitos.

Em adição ao que foi apresentado, é plausível ainda afirmar que os direitos humanos possuem o relevante papel de teorização do direito da criança e do adolescente, dada a sua correlação ao di-

reito à vida e à dignidade humana, bem assim de torná-los efetivos, a fim de que suas normas não se constituam em “letra morta” nem em meras disposições programáticas.

Os apontamentos iniciais se prestaram a demonstrar o contexto atual do direito fundamental à educação e sua imbricação com a *Doutrina da Proteção Integral*. Bem assim, demonstrou-se a necessidade do aprofundamento da municipalização das políticas públicas na área da infância e da juventude.

O comprometimento dos cidadãos, enquanto consequência da doutrina referida, permanece naturalmente como uma condição indispensável para o sucesso da efetivação das políticas públicas educacionais em prol da defesa daqueles direitos. Dessa forma, como já ressaltado, para que tudo não passe de uma quimera, a postura de todas as pessoas precisa ser mudada para que se garanta, em qualquer circunstância, o respeito à dignidade humana. Assim, resta-nos apenas aguardar e torcer para que todos os membros da sociedade tomem a implementação desses direitos como uma meta inarredável, para além do Estado.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam; RUA, Maria das Graças. *Violência nas escolas*. Brasília: Unesco, Instituto Airton Senna, Un aids, Banco Mundial, Usaid, Fundação Ford, Consed, Undime, 2002.

AMIN, Andréa Rodrigues. In: MACIEL, Kátia et alii. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AZEVEDO, Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Orgs.). *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. São Paulo: Cortez, 2000.

COLOMBIER, Claire; MANGEL, Gilbert; PERDRIault, Marguerite. *A violência na escola*. São Paulo: Summus, 1989.

DIGIÁCOMO, Murillo Jose. *Diretrizes para a política destinada ao atendimento da criança e do adolescente*. Disponível em: <[http:// www.redeamigadacrianca.org.br/artigo_politicacrianca](http://www.redeamigadacrianca.org.br/artigo_politicacrianca)>. Acesso em: 20 maio 2010.

DOWBOR, Ladislau. *Novos Contornos da gestão local: conceitos em construção*. São Paulo: Instituto Pólis, 2002.

FERNANDES, Vera Maria Mothé. *O adolescente infrator e a liberdade assistida: um fenômeno sócio-jurídico*. Rio de Janeiro: CBCISS, 1988.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GUIMARÃES, Áurea M. *A dinâmica da violência escolar – conflitos e ambigüidades*. Campinas: Autores Associados, 2005.

_____. *Vigilância, punição e depredação escolar*. Campinas: Papyrus, 1988.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MIRANDA, Maria Inês Ferreira de. *Políticas públicas sociais para crianças e adolescentes*. Goiânia: AB, 2001.

PEREIRA, Beatriz Oliveira. *Para uma escola sem violência – estudo e prevenção das práticas agressivas entre crianças*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian e Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2002.

PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Orgs.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Nino, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil – adolescente e ato infracional*. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (Orgs.). *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, Editora FGV, 1996.

VOLPI, Mario (Org.). *O adolescente e o ato infracional*. São Paulo: Cortez, 2002.

A UNIFICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS À ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL: A BUSCA PELA VERDADEIRA CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MUNICÍPIO DE CANDELÁRIA/RS

Marli Marlene Moraes da Costa

Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com Bolsa Capes – Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, professora da graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado na Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Coordenadora do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da Unisc. Psicóloga com especialização em Terapia Familiar. Autora de livros e vários artigos em revistas especializadas. Coordenadora e pesquisadora responsável pelos projetos: Justiça Restaurativa na práxis das polícias militares: uma inter-relação necessária no atendimento às vítimas de crimes graves no município de Santa Cruz do Sul; O Brincar e a Construção da Cidadania nas Escolas: uma releitura do Estatuto da Criança e do Adolescente. Integrante do projeto CNPq (PUC/RS) Relações de Gênero e Sistema Penal: violência e conflitualidade nos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. E-mail: marlicosta15@yahoo.com.br.

Sabrina Cassol

Advogada, Mestre em Direito pela UNISC, Especialista em Direito Processual Civil e Graduada em Direito pela UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisas “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: binacassol@yahoo.com.br.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste artigo se abordará, num primeiro momento, o programa Bolsa Família, mais precisamente desde sua criação até a sua unificação com outros programas sociais, como o vale gás, o bolsa escola, o vale alimentação, entre outros.

No segundo momento, será ressaltada a última unificação de programas sociais em relação ao Bolsa Família, ao qual foi agregado o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) por meio da Portaria GM/MDS 666, de 28 de dezembro de 2005.

E por fim, pretende-se demonstrar o contexto candelariense, a partir da unificação desses programas sociais, demonstrando seu desenvolvimento administrativo e funcional.

2 O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA E A CONCRETIZAÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL DOS VULNERÁVEIS

Entre as políticas públicas destinadas a diminuir a exclusão social, a miséria e a desigualdade social, promovendo, dessa forma, o bem-estar da população mais pobre, podem-se enunciar várias alternativas que, geralmente, ficam a cargo do Estado planejar, executar e fiscalizar, e que podem ser direcionadas às zonas urbanas e rurais, dependendo do foco almejado.

Na década de 1990, o governo federal passou a investir mais no campo social, criando políticas públicas voltadas para a eliminação da pobreza e dos resultados desencadeados por ela, como o trabalho infantil. Essa proteção social visou alcançar o mínimo social de sobrevivência e inclusão, assegurando ao seu público-alvo a superação dessa vulnerabilidade que o mantém nos padrões mais baixos de exclusão de diferentes bens, “[...] dos mais elementares [...], serviços e redes sociorrelacionais”. “Assim, redes de proteção social são formadas, articulando benefícios, serviços e processos de inclusão social” (ACOSTA; VITALE; CARVALHO, 2001, p. 141).

Neste artigo, o primeiro programa a ser abordado será o Bolsa Família que, a partir de 2005, incorporou o Programa de

Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), através de uma Portaria que assim o determinou. Anteriormente, o Programa Bolsa Família já vinha unificado a outras políticas sociais: Bolsa Escola, Vale Gás, Bolsa Alimentação, Vale Alimentação. O governo propôs a unificação dessas políticas no intuito de uma melhor fiscalização do emprego do dinheiro público, evitando, dessa forma, a duplicidade de benefícios.

Assim, o Bolsa Família prioriza o combate à fome, à miséria e à pobreza, a desigualdade social e a exclusão social por meio da transferência de um valor mensal que deve proporcionar melhores condições de vida, dando acesso à alimentação, à educação, ou seja, promover a efetivação dos direitos sociais básicos. O programa também visa, com essa transferência de renda, auxiliar a inclusão social, contribuindo para a emancipação das famílias, edificando condições ou meios que auxiliem a quebra do quadro nefasto de vulnerabilidade.

Bolsa Família é, pois, considerado um programa de transferência direta de renda, que apresenta algumas condicionantes, dentre as quais podemos citar os beneficiários que devem encontrar-se na linha de pobreza, isto é, aqueles que percebem uma renda *per capita* entre R\$ 60,01 e R\$ 120,00. Já as famílias que se encontram na faixa de rendimentos abaixo de R\$ 60,00, isto é, os casos de extrema pobreza, como especificam a Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004 e o Decreto 5.749, de 11 de abril de 2006 (BRASIL, 2004).

A Portaria GM/MDS 666, de 28 de dezembro de 2005, unificou as políticas do Bolsa Família com o PETI, procurando consolidar e transversalizar as políticas sociais. Essa “integração se insere nas mais modernas teorias de política pública voltada para a promoção social, que aponta para a perspectiva das ações intersetoriais integradas” que visam à maximização dos recursos, criando, dessa forma, sinergia entre os programas (ANANIAS, 2008).

Com a unificação das políticas, o poder público almejou potencializar as ações, universalizando o acesso, mas, para isso, precisou unificar também as condicionantes das políticas. E a unificação das condicionantes acabou gerando algumas críticas, dentre as

quais pode ser mencionado o próprio desvirtuamento do PETI, que, primeiro, buscava a erradicação do trabalho infantil, passando a almejar a erradicação da pobreza.

Contudo, na prática, essa unificação não trouxe mudanças significativas aos programas, de acordo com a coordenadora do PETI¹ da cidade de Candelária, em entrevista informal, pois constatou-se que, no município, nada mudou diante desse novo contexto, pois as crianças do PETI continuam ganhando o valor oferecido pelo programa, contudo as exigências continuaram as mesmas. A responsável admite, porém, que a unificação auxiliou consideravelmente a fiscalização da efetivação das ações.

Entretanto, a mesma coordenadora aponta alguns problemas operacionais em relação ao sistema de informações do Governo Federal. Alega que o poder público criou o sistema demasiadamente burocrático, de modo que somente alguns funcionários são capazes de operacionalizá-lo. Assim, apenas ela e a assistente social² fazem as entrevistas com possíveis beneficiários e atualizam o cadastro municipal. Todavia, convém ressaltar que essa burocracia auxilia na moralidade do programa.

Os programas que visam amenizar a pobreza e a desigualdade social, como é o caso do Bolsa Família, buscam gerir melhor o acesso das famílias a uma vida mais digna, de forma que, além de habitação e alimentos, as pessoas também tenham acesso aos serviços públicos, como educação e saúde. E para que as famílias possam usufruir desses benefícios, o governo exige uma contrapartida, que, na maioria das vezes, se configura apenas na permanência da criança em sala de aula, longe de uma rotina laboral.

Na prática, apesar de ser o governo federal o concedente do benefício, é o município o responsável pela gestão do programa e dos recursos, devido à proximidade com os beneficiários, sendo

¹ Cristiane Pradella. Psicóloga. CRP: 07/11993. Funcionária concursada da Prefeitura de Candelária (RS), presidente do Conselho de Direitos do Município.

² Leila Marisa Ferreira Oliveira. Assistente Social. CRES: 4666. Município de Candelária, RS.

portanto mais fácil e eficiente a fiscalização. O pagamento é feito diretamente à mãe, como forma de incentivo no aprendizado do filho, além de buscar estímulo e autoconfiança da mulher, proporcionando assim a tão almejada igualdade no âmbito familiar ensejado pela Constituição Federal de 1988.

Atualmente, o critério valor é estabelecido da seguinte forma: a família que possui uma renda *per capita* de até R\$ 120,00 será beneficiária do valor pago pelo Bolsa Família, enquanto que as que percebem valor superior a R\$ 120,00 *per capita* recebem o valor do PETI que, no município de Candelária, é R\$ 25,00. Cristina Pradella, coordenadora do PETI em Candelária, refere que alguns infantes que recebiam o valor do PETI, depois da unificação, passaram a fazer jus também ao benefício do Bolsa Família, ou seja, um valor bem maior do que o concedido anteriormente.

Deve-se esclarecer que, conforme estudos, quanto antes a criança adentrar no mundo do trabalho, menor será sua remuneração quando for adulto. Tal conclusão aparece, por exemplo, em estudos da Universidade de São Paulo – USP, assinalando que

[...] quando a criança começa a trabalhar aos sete anos, vai receber ao longo da vida 37% menos, em média, do que receberia se tivesse ingressado no mercado de trabalho aos 14. Se a comparação for com uma pessoa que começou a trabalhar aos 21 anos, o percentual de perda de quem iniciou na labuta aos sete anos pulará para 50%. (CIPOLA, 2001, p. 81)

Portanto, quanto mais tarde a pessoa entrar no mercado de trabalho, em tese, maior será o valor recebido por sua labuta ao longo de sua vida. Esses dados são comprovados por estudo da USP, segundo o qual existe relação entre o grau de instrução e a idade de ingresso no trabalho, como as perdas salariais e o trabalho infantil (CIPOLA, 2001).

Na realidade, muito mais benéfico seria ao infante a dedicação exclusiva aos estudos, para que, somente após a conclusão de sua formação profissional, ingressasse no mercado de trabalho; no entanto, muitos são os casos em que, diante da necessidade de ga-

rantir sua subsistência e de sua da família, que vive abaixo da linha da pobreza, crianças e adolescentes são obrigados a trabalhar duramente (CORRÊA; GOMES, 2003, p. 39).

Voltando ao funcionamento dos programas sociais do Governo Federal como um todo, há o programa de *software* chamado Sistema de Benefícios ao Cidadão (Sibec), ou o Sistema de Gestão de Benefícios (SGB), no qual os agentes municipais controlam o cadastro único de cada localidade, e podem bloquear, desbloquear, cancelar ou fazer a reversão de benefícios financeiros que são realizados, quando descobrem desvios ou não cumprimento das condicionantes. O serviço também dá acesso aos processos operacionais, à consulta de benefícios, às atividades de gestão dos benefícios e aos relatórios dos benefícios.

Outro fato importante que deve ser ressaltado são os dados coletados até o ano de 2006, os quais trazem resultados positivos a respeito do Programa Bolsa Família quando completou quatro anos. O número de beneficiários cresceu de 3,5 milhões de famílias, em dezembro 2003, para 9,2 milhões em junho de 2006, correspondendo a quase 100% de todas as famílias brasileiras que possuem renda mensal *per capita* de até R\$ 120,00. Diante desses resultados, fazendo-se uma média de quatro integrantes por família, estima-se que 44,4 milhões de pessoas, isto é, quase um quarto da população, no segundo semestre de 2006, estava sendo beneficiada pelo programa. Segundo a análise de inúmeros pesquisadores de instituições como

[...] o IPEA, Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, a Fundação Getúlio Vargas, o Banco Mundial, a UNESCO, o PNUD, com base em levantamentos realizados pelo IBGE, os resultados alcançados por sua implementação têm sido positivos, na direção correta, mas ainda estão longe de tornar o Brasil uma nação justa. (FIGUEIREDO, 2006, p. 16)

Desta forma, a análise dos dados demonstra que, apesar da importância dos resultados positivos alcançados pelo Bolsa Família, eles não conseguiram ainda alcançar o seu intento, que é a elimi-

nação da pobreza. Pondera-se que para erradicar a pobreza seja necessária a participação social, e para que ela se concretize, são imprescindíveis algumas precondições: satisfação das necessidades fisiológicas e de seguridade, para se atingir um grau acima que se configura pela aceitação social ou pertencimento³. Será através da satisfação dessas necessidades mínimas que uma pessoa conseguirá interagir no âmbito de uma sociedade, visando a conquista da emancipação e da liberdade por meio da participação.

Apesar das eventuais deficiências ou da incapacidade para atingir a proposição de erradicar a pobreza, o Bolsa Família é de suma importância, pois, primeiro, embora o valor pago pareça muito insignificante, ele auxilia – e muito – uma família excluída do mercado de trabalho, no Brasil de hoje, uma vez que esse valor será a única renda mensal daquela família. Alguns direitos, pelo menos, serão efetivados; e mesmo que sejam somente a alimentação e a educação, eles já são um começo para aqueles que, antes, sequer aos direitos básicos tinham acesso. Ao mesmo tempo, com a obrigatoriedade da frequência escolar, a criança deixa de ser explorada laboralmente, podendo dedicar-se aos estudos propiciados pela escola, caso contrário o benefício é suspenso.

O contexto social brasileiro demonstra que a pobreza e a desigualdade social aniquilam grande parte de sua população. A superação desse quadro, portanto, requer a concretização de políticas públicas mais efetivas e comprometidas com essa situação. Para isso, faz-se necessária a articulação de redes de proteção e de desenvolvimento socioeconômico voltadas aos mais vulneráveis.

Diante disso, todas as instituições consagradas no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do ECA possuem corresponsabilidade pela garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes.

³ Foi utilizada a teoria da motivação das necessidades básicas do ser humano através da pirâmide criada por Abraham Maslow, na qual se colocam em sua base as necessidades fisiológicas, após a seguridade, depois a de pertencimento ou aceitação social. Em um degrau acima, a necessidade de autoestima e, por fim, a necessidade de autorrealização.

A unificação dos programas Bolsa Família e PETI foi uma solução para que não houvesse duplicidade de benefícios, visto que antigamente, devido aos cadastros serem separados, inúmeras famílias eram beneficiárias de mais de um programa, prejudicando outras famílias em igual situação, que acabavam não tendo acesso a nenhuma política pública. Por isso, depois de muitos debates, o cadastro foi unificado, viabilizando uma melhor distribuição de benefícios, bem como uma fiscalização mais efetiva.

3 PROGRAMA DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL E SUA UNIFICAÇÃO COM O BOLSA FAMÍLIA NA CIDADE DE CANDELÁRIA *VERSUS* FUNCIONALIDADE, ADMINISTRAÇÃO E SUA EXPERIÊNCIA POSITIVA COM CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DO TRABALHO INFANTIL: A CONCRETIZAÇÃO DA VERDADEIRA CIDADANIA

Inúmeras transformações conjunturais no ordenamento jurídico-administrativo da infância foram alcançadas devido à luta internacional e à pressão da sociedade civil no Brasil para que os direitos dos infantes fossem protegidos sem nenhuma interação com os direitos de família. Mas, foi na metade da década de 1990 que as ações e intervenções no campo da exploração do trabalho infantil alcançaram patamar de grande relevância.

Em 1994, a instalação do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil fez com que inúmeras entidades de classe, instituições religiosas, governamentais e não governamentais, Poder Legislativo e Judiciário, sob a Coordenação do Ministério do Trabalho, apoiados pela OIT e pela Unicef, promovessem uma melhor articulação desses atores sociais, que possibilitasse a adoção de formas mais eficazes de erradicar o trabalho infantil, configurando assim um espaço privilegiado para articular, coordenar e mobilizar ações efetivas nesse campo (SILVA; NEVES JUNIOR; ANTUNES, 2002, p. 34).

O principal objetivo do Fórum foi a implementação da assistência às famílias de crianças trabalhadoras, desenvolvendo para isso projetos ou programas de geração de renda e emprego, visando melhores condições de vida dessas famílias, o que proporcionaria a erradicação do trabalho infantil. Dessa forma, a conscientização da família seria o primeiro passo para a articulação de toda sociedade, no poder local. (VEIGA, 1998, p. 125-126)

O PETI é resultado das pressões exercidas pela sociedade civil, instituições religiosas, sindicatos, ONGs, empresários e pelo Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, criado em 1996 pelo Governo Federal. Esse programa tem como objetivo eliminar, em parceria com diversos setores dos governos estaduais e municipais e com o auxílio da sociedade civil, o trabalho infantil nas mais diversas atividades penosas, insalubres e degradantes. É destinado a crianças advindas das famílias mais pobres, de baixa renda, isto é, vítimas da desigualdade social e da exclusão social, com filhos na faixa etária entre sete e 14 anos que trabalham em atividades dessa natureza.

O PETI oferece às famílias uma “mesada”, mas, em contrapartida, a criança deve frequentar no mínimo 85% das aulas no sistema formal de ensino, além de ter que participar da *jornada ampliada* e seus pais se comprometerem de que não enviarão seu filho ao trabalho. A *jornada ampliada* é um programa educacional complementar, de competência do município, que não necessariamente ocorre dentro da escola, realizado sempre no contraturno escolar, como forma de ocupar o tempo das crianças, evitando que elas voltem a trabalhar (KASSOUF, 2004, p. 108). Mas, para que isso se concretize, o primeiro passo é o registro da criança no Cadastro Único dos Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico), que é feito através de entrevista com as pessoas que visam ao benefício (FÓRUM ESTADUAL, 2005, p. 18). E, com relação ao pagamento, ele será efetivado por meio do cartão magnético até o 10º dia útil do mês subsequente, salvo quando ocorrer atraso no repasse da União (BRASIL, 2008).

A sociedade concretiza sua participação também pela intervenção dos Conselhos Tutelares e pela Assistência Social; pelo Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, pelas Comissões Estaduais e Municipais de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, das quais fazem parte membros dos demais Conselhos Setoriais (BRASIL, 2008).

Segundo dados da análise situacional do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI, no Brasil, em 1980, havia aproximadamente 6,9 milhões de crianças e adolescentes trabalhos, chegando 9,2 milhões destes pequenos trabalhadores no início de 1990. Porém esse número é significativamente atenuado para 7,7 milhões em 1998. Já em 1999, esse número diminuiu mais ainda, chegando aos 6,6 milhões. Mas, de acordo com PNAD, de 2001, cerca de 5,5 milhões de infantes ainda se encontram explorados pelo trabalho, sendo que cerca de 300 mil estão na faixa etária de 5 a 9 anos de idade, 2,8 milhões possuem idade entre 10 a 15 anos, e 2,4 milhões se encontravam na faixa etária de 16 e 17 anos de idade. Cabe ainda considerar que as origens do trabalho infantil são múltiplas, dentre as quais estão a pobreza e a miséria, além das limitações do sistema educativo e das restrições impostas pelos aspectos culturais (FNPETI, 2004, p. 5).

Os dados do PETI em 2003 revelam que 810 mil crianças e adolescentes são beneficiárias dessa política pública, o que demonstra como o Programa tem se sido importante no combate e diminuição do trabalho de crianças e adolescentes (FNPETI, 2004).

Dados de setembro de 2007, demonstrados no PNAD de 2006, apontaram mais um decréscimo no número de crianças que adentram no mercado de trabalho. Cerca de 5,1 milhões de infantes, na faixa entre 5 e 17 anos se encontram na situação de exploração laboral, totalizando um percentual, em nível de ocupação, de 11,5%, um percentual um pouco mais baixo que aquele apresentado no PNAD de 2004, que atingia 11,8%. Cabe ainda referir que, desse total, 77,9% trabalhava porque queria. Deste total, 237 mil infantes tinham entre 5 e 9 anos, isto é, 1,4% do total, enquanto 1,2 mi-

lhão na faixa etária de 10 a 13 anos são ocupados, e 1,3 milhão de adolescentes entre 14 e 15 anos de idade são explorados, quando a própria legislação permite o contrato de aprendizagem a partir dos 14 anos. Cerca de 2,4 milhões trabalham a partir dos 16 ou 17 anos, idade permitida legalmente. Esse número corresponde a um terço da população nessa faixa etária (IBGE, 2008).

Na pesquisa de 2009, a quantidade de menores de 18 anos que trabalha no Brasil voltou a cair em comparação com 2008, embora o percentual em relação a 2007 tenha sido menor. Segundo a PNAD, em 2009 havia 4,250 milhões crianças e adolescentes de 5 a 17 anos trabalhando, contra 4,452 milhões em 2008. Ou seja, entre 2008 e 2009 houve uma queda de 202 mil pessoas (4,53%) enquanto que entre 2007 e 2008 a redução foi de 367 mil (7,61%). Segundo Renato Mendes, coordenador no Brasil do Programa Internacional para Eliminação do Trabalho Infantil da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a “média nacional expressa uma redução sustentável” (TOSTA, 2010).

Para facilitar o controle das ações e racionalizar o dispêndio de benefícios, o Governo Federal unificou o Programa de Erradicação Infantil – PETI com o Bolsa Família. Essa integração foi regulamentada pela Portaria GM/MDS 666, de 28 de dezembro de 2005, almejando a extinção da duplicidade de benefícios, a ampliação do atendimento, a unificação do valor do serviço socioeducativo. Mas a principal intenção do governo era a universalização do acesso e a melhoria da gestão.

As condições para ser beneficiário do programa continuam as mesmas, e o objetivo é a total retirada dos infantes de qualquer tipo de atividade laboral exploratória. As crianças devem ter frequência de pelo menos 85% do período escolar, bem como participar do serviço socioeducativo que também é conhecido como a *jornada ampliada*, ou seja, turno complementar à escola que auxilia a inibir a exploração. As famílias devem cumprir o compromisso do desenvolvimento infantil, dos cuidados com a saúde, como a vacinação, bem como proporcionar uma melhor alimentação e nutrição de crianças com idade inferior aos sete anos.

A idade máxima para participação no programa foi ampliada primeiramente de 14 para 15 anos, e depois, passou a alcançar a idade de 17 anos. Os valores do benefício também foram corrigidos ao longo dos anos de existência do programa, uma vez que as famílias que possuem uma renda *per capita* mensal igual ou inferior a R\$ 120,00 perceberão uma renda de R\$ 112,00 provenientes do Bolsa Família, podendo essa renda ser ainda aumentada em R\$ 18,00 por criança, limitando-se a três. Entretanto, aquelas famílias que possuírem uma renda *per capita* inferior a R\$ 60,00 receberão um adicional de R\$ 58,00. No caso da renda *per capita* superior a R\$ 120,00, o valor pago é de R\$ 40,00 para municípios com mais de 250 mil habitantes, ou seja, áreas urbanas, enquanto para os municípios com número inferior, o valor do benefício será de R\$ 25,00, valor que é destinado também às áreas rurais. E quanto à classificação do beneficiário se da zona rural ou urbana, será o CadÚnico que delimitará.

O objetivo primordial da unificação do Bolsa Família com o PETI, segundo o Governo Federal, foi a tentativa de uma melhor gestão dos recursos, de ambos os programas, potencializando as ações governamentais, intersectorializando sua aplicação, evitando, dessa forma, sua fragmentação ou superposição de funções ou mesmo de desperdício de recursos (SOUZA, 2008, p. 46). Há, apesar disso, uma crítica quanto à unificação, pois argumenta-se que as políticas públicas direcionadas à eliminação do trabalho infantil acabaram perdendo seu foco, uma vez que a principal diretriz do Bolsa Família é a redução da pobreza, o acesso à educação e à saúde (SOUZA, 2008, p. 45).

Para Ananias (2008), a integração do PETI ao Bolsa Família foi uma decisão tomada pelo poder público em conjunto com os demais atores sociais e o setor de assistência social do País. Esse debate, que perdurou mais de dois anos, todavia, não conseguiu superar algumas críticas.

Uma das principais críticas foi quanto ao fato de o Bolsa Família ser uma política pública que visava a eliminação da pobreza e o acesso à educação e à saúde, enquanto o PETI, apesar de alguns

aspectos de política pública, era um programa voltado apenas à erradicação do trabalho infantil. Entretanto, como argumento favorável à unificação, tem-se que se buscava, com a continuação do PETI, a eliminação da exploração infantil, e, como argumento contrário, que essa união descaracterizaria o programa, que passou a visar prioritariamente a erradicação da pobreza, primeiro objetivo do Bolsa Família.

No contexto candelariense, município de pequeno porte, sem muita industrialização, observa-se um alto índice de desemprego, com um grande consumo de drogas, e, para a superação dessas adversidades, buscou-se, juntamente com a parceria de diversos setores governamentais e não governamentais, da sociedade civil e dos empresários, a articulação de ações sociais nas zonas de risco e vulnerabilidade, possibilitando o desenvolvimento dos beneficiários de seu território e de suas potencialidades, almejando assim a melhoria no rendimento escolar e a inserção em uma rede de serviços e ações voltadas ao emprego, de referências sadias advindas da família, da escola e da sociedade.

No município de Candelária, o PETI existe desde 2001. Apesar disso, no ano de 2004, o município foi considerado um dos municípios do interior do Estado do Rio Grande do Sul com maior índice de exploração do trabalho infantil em relação ao número de habitantes, sendo, por isso, escolhido para implantar, naquele ano, o Projeto Catavento. De lá para cá, a realidade mudou bastante, e, em 2008, o Centro Social Amigo da Criança, conhecido antigamente como Grupo Tupã, zela por 130 crianças, sendo apenas 24 beneficiárias do PETI. Esse centro é coordenado pela assistência social do município que, em contrapartida aos recursos advindos da União, concede a esses infantes o direito à jornada ampliada, mesmo para aquelas crianças que não se encontram em exploração laboral, mas não possuem lugar para ficar durante o período de contraturno escolar. A participação destas crianças na jornada ampliada é possível graças aos recursos do município, da sociedade civil e de empresários que colaboraram para cobrir as despesas, visto que essas crianças não recebem o valor mensal do Programa.

A jornada ampliada no município é realizada diariamente, em prédio próprio da prefeitura, sempre no turno inverso ao turno escolar. As atividades são realizadas nos dois turnos e em cada turno são proporcionadas às crianças e adolescentes duas refeições: o café da manhã e o almoço para o turno da manhã e, para o turno da tarde, o almoço e café da tarde.

Além das refeições, são realizadas atividades esportivas, como futebol, vôlei, karatê, educação física, tudo com acompanhamento de um professor de educação física e dois estagiários, que ainda estão cursando a graduação em educação física. Ademais, as crianças participam de atividades culturais, como dança, teatro, hora do conto; recebem reforço escolar através do laboratório de aprendizagem e pesquisa; usufruem de atividades de lazer, como brincadeiras, rodas cantadas, brincadeiras dirigidas; integram oficinas: aulas de culinária, tricô, crochê, biscuit, costura, pintura, desenho, fuxico; experimentam atividades de vivência: participação em eventos e festas da cidade, excursões, passeios, gincanas, caminhadas; assistem a palestras que versam sobre temas como sexualidade, violência, drogas, doenças, trânsito, autoestima; interagem em festas comemorativas em datas especiais, como Natal, dia das mães, dia das crianças, Páscoa; recebem acompanhamento sistemático de psicólogo e assistente social; além disso, são realizados trabalhos com a família: reunião mensal com os pais, reunião com psicólogo, atividades festivas; reuniões mensais com a equipe de trabalho.

Cabe destacar também que no ano de 2006, em Candelária, foi criado um Estatuto do Centro Social Amigo da Criança, proposto pela Coordenadora do Programa, aprovado por uma comissão de pais, que regulamenta as atividades, estipula regras de convivência e permanência no Programa, reforçando a participação e o compromisso da família com seus filhos.

O programa é executado pela Secretaria de Assistência Social e Habitação, coordenado pela professora Vera Becker, contando com o auxílio da Secretaria da Saúde e Educação, além de todo subsídio da Prefeitura Municipal. Conta ainda com algumas

parcerias advindas de clubes de serviço, Conselho Municipal de Assistência Social, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Tutelar, Serviço Sentinela, Programa de Atenção Integral à Família, escolas, Loja Maçônica Germânica, videolocadoras, supermercado e voluntariado na execução de oficinas (artes, música).

Cada um colabora com um pouco, auxiliando para a concretização da cidadania dessas crianças. As videolocadoras, a cada sexta-feira, fornecem diferentes filmes para o entretenimento da criançada. Os supermercados também dão sua parcela de colaboração, fornecendo alimentos e outros bens necessários ao bom funcionamento do Programa. A sociedade civil contribui com doações em dinheiros ou materiais para o funcionamento do programa e para o *brique*, realizado todo início do mês e que se destina a arrecadar fundos para Centro Social Amigo da Criança.

Assim sendo, no contexto municipal, Candelária encontra-se num patamar muito desenvolvido, conseguindo alcançar a participação do cidadão em seus projetos sociais e na própria administração e execução do Programa, podendo, por esta razão, ser tomado como exemplo de município que se preocupa em concretizar os direitos da infância.

O próprio governo federal, no Guia de Ações para a Geração de Trabalho e Renda de 2008, afirma que, apesar de o Bolsa Família trazer grandes e imediatas transformações contra a pobreza e a extrema pobreza por meio da transferência de renda, é importante a sua associação a estratégias de educação e saúde. O Programa deve representar o início de um movimento potencializador de oportunidades para a quebra do ciclo intergerencial da pobreza. Ademais, a médio e longo prazo, torna-se necessária a articulação de programas de geração de trabalho, emprego e renda, tendo como parâmetro a construção de relações econômicas e sociais capazes de proporcionar a sobrevivência e a melhoria da qualidade de vida dos excluídos do mercado de trabalho (BRASIL, 2008a).

Faz-se pertinente retomar que gestores do PETI, contando com a contribuição de pais, estabeleceram um estatuto que deli-

mita alguns pontos importantes que devem ser cumpridos pelo infante que frequenta o centro social e pelos próprios pais ou responsáveis. Nesse tocante, cabe ressaltar a busca pelo comprometimento da família com o infante: os pais são obrigados a comparecer às reuniões, pois, caso faltem mais que duas sessões, o filho não poderá permanecer no programa até que eles conversem com os responsáveis pelo programa. Isso demonstra a busca por uma coesão comunitária, um estímulo de empreendedorismo cívico comunitário, isto é, a busca consciente da participação dessas famílias na esfera pública (CARVALHO, 2002, p. 272).

Entretanto, a importância da família na esfera pública ainda é alvo de grandes controvérsias e desconfianças, todavia é “em sua condição de esfera de vida íntima, lugar de encontro humano, de construção de história de vida, de reposição de valores e exercício de poder moral sobre o imediato, é interface necessária na esfera pública” (CARVALHO, 2002, p. 274).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exploração do trabalho infantil faz parte do cotidiano no Brasil e, apesar de a legislação nacional e internacional proibir essa situação, ela ocorre mesmo assim, à revelia da lei. O trabalho infantil fere os direitos da infância e da adolescência garantidos constitucionalmente e infraconstitucionalmente, o que, por si só, já o coloca na contramão da justiça e do respeito ao indivíduo, além de trazer sérias consequências ao seu desenvolvimento físico, psíquico, mental, roubando a infância, o direito de estudar e de, um dia, tornar-se um adulto com melhores chances de realização pessoal e maiores possibilidades de inserção no mercado do trabalho.

Por fim, salientaram-se as políticas públicas direcionadas à erradicação do trabalho infantil implementadas em nível municipal. Eram três as principais, o Bolsa Família, o PETI e o Agente Jovem. Mas, com a integração em 2005, o PETI incorporou-se ao Bolsa Família; logo, hoje existe somente o Bolsa Família com todos

os objetivos que o PETI almejava. Neste sentido, parece que a redução da malha burocrática pode configurar-se como forma de empoderamento e fiscalização cidadã.

Convém destacar que o Brasil não é diferente de nenhum país do mundo no que concerne à existência do trabalho infantil, já que milhões de infantes são explorados, obrigados a trabalhar, perdendo toda sua infância em serviços desumanos, degradantes, perigosos, insalubres, que trazem consequências maléficas para o seu desenvolvimento como seres humanos.

Nessa linha de raciocínio, operacionalizou-se a ideia de que é preciso efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos, concretizando a cidadania. E, para que toda a população ou a sua maioria participe, é preciso programar a democracia participativa, a partir do poder local, em cada comunidade, fiscalizando e exigindo a implementação de políticas públicas eficazes. Conjuntamente a isso, o capital social e humano agrega-se com conteúdos éticos e morais, erigidos universalmente, como bandeira a ser erguida e conduzida por toda a sociedade, rumo ao desenvolvimento humano.

Portanto, longo ainda é o caminho a ser desbravado para que as políticas públicas alcancem eficazmente as metas propostas e voltadas à erradicação do trabalho infantil. Daí a convicção de se dar como fechamento a esta questão tão aviltante e instigante a conclusão especial de que se faz urgente a reestruturação estatal e o conclave da sociedade civil no engajamento solidário para a promoção de mecanismos de fortalecimento da cidadania, da educação e da fiscalização dos instrumentos legais de proteção e tutela dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, A. R.; VITALE, M. A. F.; CARVALHO, M. C. B. Famílias beneficiadas pelo programa de Renda Mínima em São José dos Campos/SP: aproximações avaliativas. In: ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amália. Faller (Orgs.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. 4. ed. São Paulo: Instituto de Estudos Especiais da Pontifícia Católica de São Paulo: Cortez, 2002.

ANANIAS, Patrus. *A decisão de integrar o PETI com o Bolsa Família*. Site Institucional do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/noticias_antigas/noticia_1594.htm/html2pdf>. Acesso em: 3 nov. 2008.

BRASIL, *Lei 10.836, de 9 de janeiro de 2004*. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 jan. 2004. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2004/10836.htm>>. Acesso em: 26 out. 2008.

BRASIL. *Guia de ações para a geração de trabalho e renda: Políticas integradas do Governo Federal*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2008. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/servicos/parcerias/2008>>. Acesso em: 06 nov. 2008a.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Site institucional do governo que traz informações sobre os programas sociais promovidos. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/programas/rede-suas/protecao-social/-peti>>. Acesso em: 16 set. 2008.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant de. Famílias e políticas públicas. In: ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amália Faller (Orgs.). *Família: redes, laços e políticas públicas*. 4. ed. São Paulo: Instituto de Estudos Especiais da Pontifícia Católica de São Paulo: Cortez, 2002. p. 267-274.

CIPOLA, Ari. *O trabalho infantil*. São Paulo: Publifolha, 2001.

CORRÊA, Cláudia P.; GOMES, Raquel S. *Trabalho infantil: as diversas faces de uma realidade*. Petrópolis: Viana e Mosley, 2003.

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e a realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FNPETI – FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. *Análise da atuação do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil*: FNPETI: 1994-2002. Brasília: [s.n.], 2003. Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/publicacoes/fnpeti-1/Trabalho%20infantil%20nao%20e%20brincadeira.pdf/view>>. Acesso em: dia mês ano.

FÓRUM ESTADUAL DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL E REGULARIZAÇÃO DO TRABALHO DO ADOLESCENTE NO PARANÁ. *Trabalho infantil nunca mais!* Curitiba: Ajir, 2005.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Suplemento Trabalho Infantil – PNAD 2006*. 1,4 milhão de crianças brasileiras de 5 a 13 anos trabalham. Comunicação Social de 28 de março de 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/.php?id_noticia=1117>. Acesso em: 03 nov. 2008.

KASSOUF, A. L. et al. *Análise das políticas e programas sociais no Brasil*. Brasília: OIT / Programa IPEC América do Sul, 2004. 108 p. (Serie: Documentos de Trabajo, 182) Disponível em: <http://www.oit.org.pe/ipec/documentos/politicas_sociales_brasil.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2007.

SILVA, J. L. T.; NEVES JUNIOR, L. F.; ANTUNES, M. M. Trabalho infantil: realidade, diretrizes e políticas. In: MARQUES, M. E.; NEVES, M. A.; NETO, A. C. *Trabalho infantil: infância roubada*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituições das Relações do Trabalho, 2002.

SOUZA, Ismael Francisco de. *Erradicação do trabalho infantil e as responsabilidades do conselho tutelar no município de Florianópolis*. 2008. 150 fl. Dissertação. (Programa de Pós-graduação em Serviço Social). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

TOSTA, Wilson. *PNAD 2009: Trabalho infantil diminui*. Notícias. 09/09/2010 às 18:08h. Disponível em: <<http://ruifalcao.com.br/pnad-2009-trabalho-infantil-diminui/>>. Acesso em: dez. 2010.

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Análise situacional do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI*. Brasília: Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, 2004.

VEIGA, João Paulo Cândia. *A questão do trabalho infantil*. São Paulo: ABET, 1998.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A POSSIBILIDADE DO BLOQUEIO DAS CONTAS PÚBLICAS

Alisson Xavier Teixeira

Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc), foi bolsista do projeto de extensão universitária Laboratório de Informações para a Erradicação do Trabalho Infantil – Liberti, Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc).
E-mail: alissow@hotmail.com.

André Viana Custódio

Doutor em Direito (CPGD/UFSC), Mestre em Direito (CPGD/UFSC), Graduado em Direito (CCJ/UFSC). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Coordenador do Curso de Direito da Faculdade AVANTIS. Pesquisador do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (Nejusca/UFSC), Pesquisador do Grupo Políticas Públicas de Inclusão Social (Unisc), Coordenador Executivo do Instituto Ócio Criativo, Fellow da Ashoka Empreendedores Sociais. E-mail: andre@ociocriativo.org.

1 INTRODUÇÃO

A teoria da proteção integral, alicerce fundamental que orienta a atual concepção dos direitos da criança e do adolescente, resulta

da luta dos movimentos sociais da década de 1980 que provocaram um reordenamento jurídico-político substancial no direito brasileiro. Deste marco teórico, irradiam todos os princípios e regras desse ramo jurídico que, entrelaçados, formam um sistema de garantias estruturais que possibilitam aos direitos fundamentais à infância e juventude alcançarem a realidade concreta.

Com ênfase na *teoria da proteção integral*, resultado de paulatina construção sociológica e paradigmática vivenciada no Brasil, o presente artigo tem como objetivo realizar uma descrição breve sobre estratégias e possibilidades acerca dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, mormente o direito à saúde. Visa também o artigo analisar as formas de atuação Ministério Público em face do Estado para concretização desse direito.

Um dos grandes desafios no estudo dos direito da criança e do adolescente relaciona-se à ascensão da teoria da proteção integral como pressuposto de institucionalização do sistema de garantias de direitos na realidade concreta. Nesse sentido, reverbera-se a instituição do Ministério Público, eis que, ao escopo de defender a ordem jurídica, o regime democrático e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, representa *o parquet* agente fundamental na efetivação dos direitos essenciais à vida em sociedade.

Para tanto, se fez necessário discorrer acerca das funções ministeriais, dos deveres e prerrogativas, especialmente relacionados ao promotor da infância e juventude. Explicita os instrumentos judiciais e extrajudiciais que o representante signatário do Ministério Público tem ao seu alcance, e ainda analisa como a jurisprudência pátria tem assimilado a amplitude desses novos direitos.

Nesse sistema, o Ministério Público desempenha papel preeminente, eis que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 127, 128, 129, 130, 227), o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 200 e ss.), bem como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (arts. 25 e 26) permitem que a instituição atue amplamente na proteção dos interesses da criança e do adolescente.

Todavia, os indicadores de desenvolvimento humano de crianças e adolescentes brasileiros ainda apresentam avanços tímidos,

o que demanda e justifica uma atuação permanente do Ministério Público, sempre em consonância aos pressupostos que norteiam a teoria da proteção integral.

Compreender as transformações jurídicas e políticas dos direitos da criança e do adolescente, bem como sua aplicação como garantia ao direito à saúde, evidencia a singularidade da presente pesquisa, projetando-se a concretude de suas normas, principalmente, em face do Estado, constitucionalmente responsável por tais direitos.

2 OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Marco teórico para a atual compreensão do direito da criança e do adolescente no Brasil, a teoria da proteção integral representa verdadeira contraposição à precedente doutrina da situação irregular, que até o início da década de 1980 imperava. A partir desse momento, movimentos sociais, com destaque àqueles em defesa dos direitos da infância, irredignados com o autoritarismo estatal, promoveram um reordenamento jurídico, político e institucional, constituindo o espaço necessário para a consolidação do direito da criança e do adolescente no País.

Para impingir tamanha transformação, o novo direito da criança e do adolescente reclamou uma teoria jurídica inédita, discrepante dos valores produzidos pelas doutrinas antecedentes (do direito do menor, da política nacional do bem-estar do menor e da situação irregular).

Crianças e adolescentes, antes incapazes, objetos de tutela, portadores de necessidades, tornam-se sujeitos de direitos, direitos estes fundamentais, indisponíveis e prioritários. Todavia, a absorção deste novo paradigma não estaria incólume à resistência, pois autoridades públicas e operadores do direito, acostumados à praxe autoritária, aplicam por vezes as normas atuais à luz das doutrinas ultrapassadas.

Talvez, a maior parte das incongruências relativas ao tema infância e juventude no Brasil resulte num descompasso,

compreensível historicamente, embora indiscutivelmente injusto, que denota uma transição entre compreensões distintas sobre um mesmo tema. Trata-se nada mais que uma resistência, obscurecida por caracteres e práticas de caráter tecnicista, que insistem, pela tradição ou pela dificuldade de compreensão do novo paradigma, em tentar realizar uma leitura do Direito da Criança e do Adolescente com as lentes epistêmicas da antiga doutrina da situação irregular. (CUSTÓDIO, 2008, p. 22)

Pouco a pouco, as resistências e hostilidades desmantelam-se, o inconformismo com o novo sistema de justiça, descentralizado e participativo, garantista e responsabilizante, alcança os seminários, os debates, os colóquios, em que os direitos e responsabilidades são vistos sob o prisma da cidadania (SILVA, 2009).

De toda sorte, é inequívoco o rompimento paradigmático estabelecido com a instituição do novo direito da criança e do adolescente. No texto constitucional de 1988, inseriram-se princípios e regras que formam o cérebro de um sistema de garantias relativo à proteção de crianças e adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), encarregado de disciplinar os novos dispositivos constitucionais, foi impecável, previu um verdadeiro reordenamento político e institucional que deu corpo ao sistema de garantias arquitetado pelo legislador constituinte.

Planos, programas, projetos e ações deixam de representar comandos “de cima para baixo”, exclusivos do Estado. A sociedade organizada torna-se agente promotora das diretrizes de proteção dos direitos da criança e do adolescente. Cria-se uma articulação entre família, sociedade e Estado, todos integrados em um interesse maior, “o melhor interesse da criança”.

Extraí-se dessa articulação representada pela a família, sociedade e Estado o primeiro princípio norteador da *teoria da proteção integral*, o *princípio da tríplex responsabilidade compartilhada*, expresso no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e no artigo 4º da Lei 8.069/90 (ECA).

Depreende-se dos comandos legais que não existe uma complementaridade entre os agentes mencionados, ou seja, não significa que na falta ou omissão da família atuará a sociedade, ou na falta ou omissão desta será dever do Estado. Exige-se uma atuação positiva de todos, de forma conjunta, compartilhada, em mira do objetivo comum, qual seja, assegurar plena efetividade aos direitos de crianças e adolescentes.

Sabe-se que pouca efetividade será alcançada sem o compromisso firme com o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Neste contexto, a articulação dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente para sua aplicação na realidade concreta pode desempenhar um papel pedagógico, verdadeiramente provocador da cidadania, da democracia e das necessárias transformações sociais e políticas. Esse é o fundamento emancipatório da Teoria da Proteção Integral. (CUSTÓDIO, 2008, p. 38)

A corporificação do novo sistema de garantias, parametrizado na Resolução 113/2006, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), definiu outros agentes de proteção que também integram o sistema, dentre os quais se destacam o Conselho Tutelar, os Conselhos de Direitos e o Ministério Público (SOUZA, 2008, p. 71).

Todavia, não bastava dizer *quem*, tinha-se que dizer *como*, ou seja, além de elencar atores de proteção dos direitos da criança e do adolescente, faltava-lhe conferir uma importante sutileza que caracteriza a teoria da proteção integral: conferir a primazia das responsabilidades dos agentes, o princípio da prioridade absoluta.

Deste modo, mais do que fazer parte das políticas sociais e governamentais, a criança e o adolescente estão juridicamente em primeiro lugar, pois não há nada que tenha prioridade superior à proteção dos seus interesses. O sistema de garantias não apenas convoca todos, ele invoca a preeminência dos novos direitos.

Os princípios concretizantes e estruturantes da teoria da proteção integral, com a necessária interdisciplinaridade, apontam para transformações profundas no campo das concepções, da linguagem e da própria produção da realidade social. É claro, que não se pode desconsiderar a magnitude das violências produzidas por sistema econômico excludente e socialmente injusto. Contudo, as garantias jurídicas oferecem possibilidades de, ao menos, resistir à avassaladora opressão que se estabelece cotidianamente. (CUSTÓDIO, 2008, p. 38)

O direito da criança e do adolescente, consubstanciado na teoria da proteção integral, seguramente inovou no sistema de justiça da infância e juventude, sua viabilidade, contudo, requer daqueles que se propõem a interpretá-la extrema cautela, respeitando-se, *prima facie*, crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

3 O DIREITO À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes, no contexto da teoria da proteção integral, possui previsão constitucional específica (art. 227), bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 7º), *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil. [...] (BRASIL, 2009a)

Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência. (BRASIL, 2009b)

Há que se referenciar também os artigos 11 a 14 do ECA, que determinam o direito de acesso universal e gratuito à saúde, à permanência dos pais nos estabelecimentos hospitalares, à proteção contra maus-tratos e à promoção de programas educativos relativos à saúde. Salientam-se as previsões gerais do direito à saúde na Constituição Federal, com destaque ao artigo 6º, no capítulo dos direitos sociais, e artigos 196 a 200, seção da saúde no capítulo da seguridade social. Igualmente, há referência ao direito à saúde nos tratados internacionais, em especial na Convenção sobre os Direitos da Criança, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Denota-se, todavia, que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente não cuidaram de conceituar saúde. Deste modo, sendo o Brasil signatário da Organização Mundial de Saúde, utiliza-se o conceito empregado por aquela organização, qual seja, “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade” (OMS, 1946).

O direito [da criança e] do adolescente à saúde é consagrado como um dos direitos humanos básicos, tanto no âmbito dos instrumentos internacionais quanto no âmbito da legislação brasileira. Trata-se, no entanto, de direito que demanda, para sua efetiva fruição, da implementação de programas e políticas públicas, o que implica um complexo conjunto de considerações sobre o papel do Executivo, do Legislativo e do Judiciário na garantia de tal direito. (PIROTTA; PIROTTA, 2009)

Não há dúvidas que após a Constituição Federal de 1988 um grande avanço se verificou na proteção ao direito à saúde, garan-

tido a todos indistintamente. Contudo, no âmbito do direito da criança da criança e do adolescente, há de se atentar ao princípio da prioridade absoluta que, no sistema de garantias arquitetado pela teoria da proteção integral constitui verdadeira imposição ao poder público, sendo indispensável a presença ativa e permanente dos atores sociais, visando alcançar plena efetividade do direito à saúde de crianças e adolescentes. É neste contexto que se constitui uma nova visão para o Ministério Público.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO: NOÇÕES GERAIS

O constituinte de 1988, ao estabelecer a organização dos poderes e do Ministério Público, ao escopo de mormente garantir o respeito do Estado Democrático de Direito e a separação dos poderes, definiu no artigo 127 que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Portanto, consoante a disposição constitucional, denota-se que o Ministério Público, como instituição permanente, não faz parte do Poder Judiciário, ao contrário da contumaz confusão feita a esse respeito. Como leciona Canotilho, trata-se de um *poder autônomo do Estado*, independente dos demais poderes (2003, p. 684).

Com o encargo de defender a ordem jurídica, o regime democrático e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público representa elemento fundamental na efetivação dos direitos essenciais à sociedade, os direitos humanos.

Diante da proeminente incumbência estabelecida pela Carta Magna, e para que tais funções transpassem a qualidade de norma abstrata e alcancem a realidade concreta, dispõe o *parquet* de garantias e prerrogativas que viabilizam uma atuação imune das mais variadas pressões políticas e interesses particulares.

Além dos princípios institucionais (unidade, indivisibilidade e independência), são garantias do Ministério Público (CF/88, art. 127, § 2º) a autonomia funcional, administrativa e financeira, inicia-

tiva do processo legislativo para criação de seus cargos e serviços auxiliares, promoção de concurso público, proposta orçamentária (CF/88, art. 127, § 3º) e plano de carreira.

Conferem-se, ademais, outras prerrogativas aos membros do Ministério Público, a saber: independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. De tais garantias, Mazzilli leciona:

O fundamento dos predicamentos não é constituir uma casta privilegiada de funcionários públicos, e sim e tão somente assegurar a alguns agentes do Estado, apenas em razão das funções que exercem, garantias para que efetivamente possam cumprir com independência seus misteres, em proveito do interesse público. (2008, p. 90)

Destarte, por idênticas razões por que são estabelecidas prerrogativas, deveres também são exigidos dos membros do Ministério Público, como, por exemplo, manter ilibada conduta pública e particular; zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções; indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais; obedecer aos prazos processuais; desempenhar, com zelo e presteza as suas funções; declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei – (Lei 8.625/93, art. 43) (BRASIL, 2009c).

5 O PROMOTOR DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

O Ministério Público como instituição incumbida da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sempre que estiver defronte às situações de violação dos direitos assegurados à infância e juventude, terá indelegavelmente o dever de agir, seja em face da família, da sociedade ou do Estado.

Em todos os campos de atuação dos Promotores de Justiça a especialização faz-se necessária hoje em dia, seja pela complexidade que os assuntos vêm adquirindo, seja pelo volume

de serviço, que é atenuado pela repetição dos mesmos temas e pela experiência que se adquire com a atuação concentrada numa determinada área. (SOUZA, 2009)

Assim, a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, órgão de execução do Ministério Público, consoante o artigo 7º, inciso IV, da Lei 8.625/93 (BRASIL, 2009c), desempenha papel fundamental na tutela dos interesses da criança e do adolescente. Atuará o representante signatário do Ministério Público como parte e fiscal da lei, judicial e extrajudicialmente, mas, sobretudo, em consonância aos referenciais teóricos da *Teoria da Proteção Integral*.

A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, confere ao Ministério Público legitimidade concorrente para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos (art. 210, inc. I), além de reservar um capítulo específico à instituição.

Denota-se, das inovações inseridas aos direitos da criança e do adolescente, notável ruptura com as práticas de institucionalização de adolescentes, e evidente processo de desjudicialização das formas de proteção, pressupostos que assimilam as perspectivas dos direitos humanos.

No tocante à primazia pela convivência familiar e comunitária, em derrocada das práticas de institucionalização, deve o promotor da infância e juventude, diante da apresentação do adolescente quando suposta prática de ato infracional, atentar-se à possibilidade da aplicação de medidas de proteção, eis que a prática de ato infracional, invariavelmente, está associada a alguma forma de negligência e violação dos direitos desses adolescentes.

É de se ressaltar que o promotor da infância e juventude deve manter estreita ligação com o Conselho Tutelar, valer-se com frequência dos trabalhos da assistente social do Ministério Público, bem como do Serviço Social Forense, para nunca perder de vista os referenciais de realidade.

Nesta senda, em que pese se tratar especificamente do promotor da infância e juventude, a toda evidência, e ante o princípio

institucional da indivisibilidade, que as concepções dos direitos da criança e do adolescente, até o momento assinaladas, consubstanciadas na *Teoria da Proteção Integral*, precisam estar incutidas na atuação de todos os membros do Ministério Público, independentemente da promotoria de justiça que lhe seja atribuída.

6 INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Sabe-se que o direito à saúde é direito fundamental de crianças e adolescentes, o qual recebe do ordenamento jurídico também o atributo de prioridade absoluta. É fato, ainda, que qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, prestando-lhe informações sobre eventos que constituam objeto de ação civil, e indicando-lhe elementos de convicção, conforme dispõe o artigo 220 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Constitui atribuição do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos relativos à infância e adolescência, segundo estabelece o artigo 201, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste caso, o promotor da infância e juventude, conhecendo os fatos e, antes de ingressar com a competente ação judicial, consoante as inovações supra-aludidas, tem à disposição procedimentos extrajudiciais que possibilitam cessar a agressão ao direito à saúde da criança ou do adolescente.

Segundo os artigos 8º e 9º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 2009d), poderá o *parquet*, sob sua presidência, instaurar inquérito civil ou peça informativa, com a finalidade de obter informações e fundamentos para a propositura da ação civil pública.

Nesses procedimentos, o membro do Ministério Público poderá promover diligências investigatórias, notificações para com-

parecimento, expedir precatórias, ofícios requisitórios, ou seja, colher todas as provas permitidas no ordenamento jurídico, com a finalidade de formar o convencimento sobre o fato objeto da investigação, com base no artigo 201, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esgotadas as diligências e constatados os fatos que ensejaram o procedimento, qual seja, a violação do direito à saúde, possui o promotor de justiça legitimidade para promover a ação civil pública, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 210, I.

Assim, para melhor ilustrar estas considerações, e a título exemplificativo de atuação na esfera judicial em face de situações recorrentes em promotorias da infância e juventude, adota-se aleatoriamente a ação civil pública, que visa o fornecimento, pelo Poder Público, de medicamentos para tratamento médico de crianças ou adolescentes.

Conforme já ressaltado, a legitimidade do Ministério Público é inconteste; admite-se, inclusive, litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos estaduais e federal (ECA, art. 201, § 1º). A sustentação de usurpação das atividades da defensoria pública e da advocacia privada já foram rechaçadas pela Corte Suprema:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES.

1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente.

2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. (BRASIL, 2009e)

A grande novidade sobre estas ações refere-se ao foro competente para processá-las. Desde a promulgação da Carta Magna de 1988, as ações civis públicas que buscavam o fornecimento de me-

dicamentos a crianças e adolescentes eram processadas e julgadas na justiça estadual, até mesmo por expressa determinação legal:

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

[...]

IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209. (BRASIL, 2009b)

A ressalva prevista no dispositivo de lei refere-se à competência da justiça federal e a competência originária dos tribunais superiores.

Via de regra, quando demandado o município ou o Estado, era suscitado por seus respectivos procuradores o chamamento ao processo da União e a consequente incompetência absoluta da justiça estadual nos termos da Súmula 150 do STJ: “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo da União, suas autarquias ou empresas públicas” (SARAIVA, 2009, p. 2.069).

No tocante ao chamamento ao processo, até recentemente, a jurisprudência considerava que, tratando-se de responsabilidade solidária dos entes federados, qualquer um deles poderia ser demandado, à escolha do autor da demanda, descabendo deslocamento de jurisdição para a justiça federal:

Ocorrendo obrigação solidária das três esferas governamentais da Federação, quanto à garantia de proteção à saúde dos cidadãos, a obrigação de fornecer medicamentos necessários e adequados poderá ser exigida de um ou de todos os entes, como no caso dos autos, do Estado de Santa Catarina.

O chamamento de terceiro ao processo, em face da solidariedade da obrigação (CPC, art. 77, III), pressupõe a continuidade da tramitação do feito perante o mesmo órgão jurisdicional competente, não se podendo incluir pessoa que, pelo privilégio de foro, faça deslocar a jurisdição. **Assim, proposta a**

ação contra o Estado de Santa Catarina, perante a Justiça Estadual, não cabe o chamamento da União ao processo, ante a impossibilidade de deslocamento da jurisdição. (grifou-se) (SANTA CATARINA, 2009a)

No entanto, a partir do final do ano de 2008 e início de 2009, o entendimento dos tribunais mudou. Levando em consideração que a União possui maiores condições de arcar com o ônus financeiro do fornecimento de medicamentos, e dando conta também ao prescrito no enunciado da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça e ao disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, as ações civis públicas para fornecimento de medicamentos passaram a ser de competência da justiça federal.

Apelação Cível e reexame necessário. Ação Civil Pública. Fornecimento de medicamentos pelo Estado. Competência solidária dos demais entes federativos. Chamamento ao processo da União. Matéria uniformizada pelo Grupo de Câmaras de Direito Público. Remessa dos autos à Justiça Federal.

Requerido perante a Justiça Estadual o chamamento da União ao processo, os autos devem ser remetidos à Justiça Federal, órgão jurisdicional competente para apreciar a intervenção postulada. (Agravo de Instrumento 2008.030653-5, de Porto Belo, Rel. Des. Sônia Maria Schmitz). (SANTA CATARINA, 2009b)

Do corpo da decisão paradigma extrai-se:

É indiscutível que a União promove os repasses de numerários para os Estados adquirirem medicamentos que constam da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, ou do Protocolo dos Medicamentos de Dispensação Excepcional (Portaria n. 2.577/06). Contudo, o gestor federal se exime nos casos de aquisição e distribuição de fármacos a situações especiais. Dito de outro modo, a União, embora co-gestora, não transfere ao Estado os recursos para concessão de medicamentos não padronizados, cujas doenças tenham ou não transcendência, vulnerabilidade ou repercussão na

saúde pública, afetando a qualidade de vida da população catarinense.

Por isso, o Estado de Santa Catarina e os seus Municípios, demandados em ações que veiculam a dispensação de medicamentos não padronizados pelo Sistema de Saúde vêm reclamando a intervenção processual da União, na forma de chamamento ao processo, argumentando que a solidariedade plena, prevista no art. 196 da Constituição Federal não é respeitada, de sorte que, para implementar a política de acesso a medicamentos excepcionais, pela população catarinense, arcam sozinhos todos os custos de seu fornecimento, situação que repercute sobremaneira negativa na própria estrutura do sistema. (SANTA CATARINA, 2009c)

A via eleita, qual seja, a ação civil pública, é para os tribunais o meio adequado, cabível, para obtenção da pretensão do fornecimento de medicamentos.

[...] para o pleito de medicamentos, tenho que discussões relativas ao direito à saúde e à vida, funções constitucionais do Estado, por mais que aparentem ter um caráter individualizado, atingem a coletividade. Visam logicamente fazer com que garantias fundamentais dos cidadãos sejam observadas. (SANTA CATARINA, 2009d)

Questão importante a ser destacada nestas ações relaciona-se à possibilidade do bloqueio das contas públicas em face do inadimplemento das decisões judiciais, e, nesse ponto, a jurisprudência está sedimentada. Primeiro, porque não que há falar em alto custo dos medicamentos, ou alegar que as normas relativas ao direito à saúde são meramente programáticas.

Sendo a saúde direito e dever do Estado (CF, art. 196; CE, art. 153), torna-se o cidadão credor desse benefício, ainda que não haja serviço oficial ou particular no País para o tratamento reclamado. A existência de previsão orçamentária própria é irrelevante, não servindo tal pretexto como escusa, uma vez que o executivo pode socorrer-se de créditos adicionais. (SANTA CATARINA, 2009d)

De fato, as normas programáticas inserem-se entre as normas de eficácia limitada e, como regra, a sua eficácia depende de concretização ulterior, por meio de legislação infraconstitucional. Não quer dizer, neste aspecto, que são esvaziadas de conteúdo ou desprovidas de qualquer eficácia. Em verdade, o só fato de conduzirem a ação estatal lhes garante qualidade normativa.

Para além disso, frise-se que o direito à saúde representa espécie dos direitos fundamentais consagrados da Constituição e, como tal, são indissociáveis do direito à vida. (SANTA CATARINA, 2009e)

O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres entre as partes, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento da força normativa da Constituição. (BRASIL, 2009f)

Segundo, porque o artigo 461, *caput* e § 5º, do CPC, estabelece as *astreintes*, ou seja, as medidas que podem ser tomadas pelo julgador quando do inadimplemento da obrigação de dar, trata tão somente de um rol exemplificativo de medidas, podendo adotar medidas coercitivas para obter a eficácia da tutela jurisdicional.

PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE DAR. DESCUMPRIMENTO. *ASTREINTES*. AFERIÇÃO DA EFICÁCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, *CAPUT* E § 5º DO CPC.

1. Apesar de possível, a fixação, pelo juízo ou a requerimento da parte, de *astreintes* contra a Fazenda Pública pelo inadimplemento de obrigação de dar, não viola os artigos 461 e 461-A do CPC o acórdão que conclui ser inócua a multa, pois cabe às instâncias ordinárias a aferição da eficácia dessa medida.

2. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de “medidas necessárias”, que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.

3. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão “tais como”, o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto.
4. Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida.
5. Recurso especial provido em parte. (BRASIL, 2009g)

Colhem-se do sítio do Superior Tribunal de Justiça várias decisões no mesmo sentido. Este posicionamento é extremamente representativo de tudo que se explicitou acerca da teoria da proteção integral. Denota-se no campo prático a singularidade desses novos direitos e o reordenamento jurídico antes suscitado sendo concretizado, assegurando-se os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar no campo teórico a atual concepção dos direitos da criança e do adolescente, dificilmente consegue-se visualizar as dimensões da mudança paradigmática trazida pela teoria da proteção integral.

Por isso, mais que associar a atuação dos representantes do Ministério Público aos direitos da criança e do adolescente, procura-se lançar em evidência as projeções práticas desse novo direito que se erigiu a partir de 1988, bem como os reflexos no sistema de justiça.

O direito à saúde, consectário do direito à vida, recebe o caráter de prioridade absoluta para crianças e adolescentes. Os tribunais, com certo receio, estão adequando-se à hermenêutica da teoria da proteção integral, cabendo ao Ministério Público adotar uma posição proativa para a concretização desse direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 14 abr. 2009a.

_____. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 14 abr. 2009b.

_____. *Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 14 abr. 2009c.

_____. *Lei 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e de outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 14 abr. 2009d.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 554.088-0*. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 03 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 09 abr. 2009e.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Apelação/Reexame Necessário 2006.70.12.000064-0*. Terceira Turma. Relator: Roger Raupp Rios. 27 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009f.

_____. Superior Tribunal Justiça. *Recurso Especial 1.062.564/RS*. Relator: Min. Carlos Meira. Brasília, 16 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 14 abr. 2009g.

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

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. *Revista do Direito*, v. 29, p. 22-43, 2008.

_____. Os novos direitos da criança e do adolescente. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 7, n. 1, p.7-28, jan./jun. 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Elisabeth Maria Velasco. O Conselho Tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti; PIROTTA, Kátia Cibelle Machado. *O adolescente e o direito à saúde após a Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br>> Acesso em: 08 abr. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 2008.066453-0*. Relator: Des. Jaime Ramos. Florianópolis, 27 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009a.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 2008.046772-3*. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Florianópolis, 16 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009b.

_____. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 2008.054443-3*. Relatora: Des^a. Sônia Maria Schmitz. Florianópolis, 16 out. 2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009c.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 2008.044723-3*. Relator: Des. Cid Goulart. Florianópolis, 15 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009d.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 2008.043578-8*. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Florianópolis, 16 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 09 abr. 2009e.

SARAIVA. *Vade Mecum RT*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral. *Instituições de atendimento à criança e ao adolescente: Direitos humanos do adolescente submetido ao Estado, necessidade de regulamentação legislativa*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br>>. Acesso em: 08 abr. 2009.

SILVA, Moacyr Motta; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A Tutela Jurisdicional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1988.

SOUZA, Andréa Santos. *A necessidade de criação de promotorias de justiça exclusivas da infância e juventude em obediência ao princípio constitucional da prioridade absoluta*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br>>. Acesso em: 08 abr. 2009.

SOUZA, Ismael Francisco de. *A erradicação do trabalho infantil e as responsabilidades do conselho tutelar no município de Florianópolis*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

A “PUBLICIZAÇÃO” E A MERCANTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA INICIATIVA PRIVADA ATUANDO COMO TERCEIRO SETOR

Eduardo Woltmann

Graduado em Administração pela
Universidade Estadual do Rio Grande do Sul – UERGS.

Mateus Arbo Martins da Silva

Graduado em Administração pela
Universidade Estadual do Rio Grande do Sul – UERGS.

Aragon Érico Dasso Júnior

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, graduado em Letras pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestre em Direito Internacional pela Universidad Nacional de La Plata, mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

INTRODUÇÃO

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um aumento das obrigações sociais do Estado brasileiro, especialmente no âmbito da saúde, que, por ser direito fundamental,

deve ser de competência exclusiva do Estado. Devido ao aumento da demanda por estes serviços e da pouca efetividade do Estado, entre outros fatores, o legislador constituinte possibilitou, pelo artigo 197, a execução das ações públicas por terceiros, que devem, segundo as normas jurídicas, seguir as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS). Neste sentido, a saúde pública deixou de ser uma atividade exclusiva do Estado, tendo parte dos serviços delegada a privados, com ou sem fins lucrativos. Posteriormente, houve a criação de um mercado paralelo, que age explorando lacunas não supridas pelo Estado, regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Com a abertura do setor à iniciativa privada, houve o ingresso de operadoras de planos e outras entidades de caráter privado neste segmento, não sendo submetidos aos princípios básicos do SUS e tampouco aos princípios que regem a Administração Pública (CF/88, art. 37).

Em função do exposto, este artigo pretende demonstrar que a transferência de serviços públicos de saúde para entes privados, com ou sem fins lucrativos, representa uma das facetas da privatização no Estado brasileiro. Neste sentido, esta pesquisa optou por utilizar um método hipotético-dedutivo. O método de procedimento está embasado em pesquisa bibliográfica e teve como fonte a legislação sobre a matéria e a doutrina a respeito do tema.

1 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à saúde é parte de um conjunto de direitos chamados de direitos sociais¹, que têm como inspiração o valor da igualdade material entre as pessoas. Em vista disto, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reconheceu, nos moldes do artigo 6º, a saúde como um direito social: “são direitos sociais

¹ Os direitos humanos fundamentais são costumeiramente divididos pela doutrina em três gerações: direitos individuais ou civis, direitos sociais e direitos políticos. Os direitos sociais são denominados também de direitos de prestação positiva, pois exigem uma interferência do Estado na vida dos cidadãos. Esta prestação positiva, por exemplo, na área da saúde, significa a obrigação de fornecer o serviço de forma gratuita.

a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 2008).

Este é um direito fundamental do cidadão, que tem aplicação imediata, e, portanto, deve ser garantido pelo Estado brasileiro. Não basta a presença do direito, é necessário que ele seja efetivo, ou seja, que se realize. Desta forma, para que o direito à saúde seja uma realidade, é preciso que o Estado crie condições de atendimento em postos de saúde, hospitais, programas de prevenção, medicamentos etc., e, além disto, é preciso que esse atendimento seja universal (atingindo a todos os que precisam) e integral (garantindo tudo o que a pessoa precise), sendo estes os princípios básicos das políticas públicas de saúde. Este é o espírito do texto constitucional, conforme prevê o artigo 196:

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. (BRASIL, 2008)

A criação do Sistema Único de Saúde (SUS), pela Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, está diretamente relacionada à responsabilidade do Estado em promover a saúde. O SUS consiste numa rede hierarquizada, que reúne postos de saúde, ambulatórios, hospitais, laboratórios, emergências, entre outras ações e serviços públicos de saúde.

Anteriormente à criação do SUS, a assistência médica no Brasil estava vinculada majoritariamente a atividades previdenciárias, sendo o sistema de saúde de caráter contributivo, que gerava uma profunda divisão social, separando a sociedade brasileira. Os “cidadãos de 1ª classe” (CONASS, 2008), representados pelos contribuintes da previdência e seus dependentes – conhecidos como previdenciários – tinham, mesmo com as dificuldades inerentes ao sistema de então, um acesso mais amplo de assis-

tência à saúde, dispondo de uma rede de serviços e prestadores de serviços ambulatoriais e hospitalares providos pela previdência social por meio do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Os “cidadãos de 2ª classe”, que consistiam no resto da população – conhecidos como não previdenciários ou indigentes – tinham um acesso bastante limitado de assistência à saúde, normalmente restrito às ações dos poucos hospitais públicos e às atividades filantrópicas de determinadas entidades assistenciais.

O modelo vigente de estruturação e financiamento das atividades de atenção e assistência à saúde, além das evidentes discriminações dela decorrentes, determinava “uma lógica de divisão de papéis e competências dos diversos órgãos públicos envolvidos com a questão de saúde” (CONASS, 2008). O poder público desenvolvia apenas ações de promoção da saúde e prevenção de doenças, com destaque para as campanhas de vacinação e controle de endemias. Sua atuação na assistência à saúde era bastante limitada, restringindo-se às ações desenvolvidas por alguns poucos hospitais próprios e dirigidas à população não previdenciária. Estes tinham como alternativa o acesso a serviços assistenciais de saúde prestados por instituições de caráter filantrópico, como as chamadas Santas Casas. Além de serem poucos e precários os serviços de saúde à população não previdenciária, os que detinham a garantia da previdência recebiam assistência em uma rede terceirizada, que era a lógica do INAMPS.

A ideia do SUS é maior do que simplesmente disponibilizar postos de saúde e hospitais para que as pessoas possam acessá-los quando precisem. A proposta é que seja possível atuar antes disso, através dos agentes de saúde que visitam frequentemente as famílias para se antecipar aos problemas e conhecer a realidade de cada família, encaminhando as pessoas para os equipamentos públicos de saúde quando necessário. Desta forma, organizado com o objetivo de proteger, o SUS deve promover e recuperar a saúde de todos os brasileiros, independentemente de onde moram, se trabalham e quais os seus sintomas. Isto é o que prevê o

artigo 5º da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 2008). Infelizmente este sistema ainda não está completamente organizado e ainda existem muitas falhas, apesar de a Constituição já ter cumprido mais de vinte anos de existência.

2 O INGRESSO DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS NO SEGMENTO DA SAÚDE

Tendo em vista as dificuldades do Estado brasileiro em prover bens e serviços de saúde, bem como tantas outras obrigações suas, e tendo em vista as imensas demandas sociais, e, conseqüentemente, a precariedade em assistir à população, o legislador constituinte preocupou-se, no artigo 197 da CF/88, em determinar que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (BRASIL, 2008), tornando, assim, o exercício de ações e serviços de saúde livre à iniciativa privada.

Entretanto, é preciso destacar que o Estado continua sendo o garantidor do direito à saúde. Mesmo que a prestação se dê por um ente privado, o Estado continua sendo o responsável pelo referido serviço. Tal responsabilidade objetiva tem previsão constitucional no seu artigo 37, § 6º.

O marco regulatório da saúde privada está consagrado no artigo 199 da CF/88, onde dispõe que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (BRASIL, 2008). Foi neste momento, junto com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, dispostos no artigo 170 da CF/88, que as operadoras de planos privados de assistência a saúde, pessoas jurídicas de direito privado, ingressaram, legal e definitivamente, nesse segmento.

Segundo a CF/88, a assistência à saúde pela iniciativa privada tem caráter complementar à atuação do SUS e deve seguir as diretrizes dele, mediante contrato de direito público ou convênio.

Com a Lei 9.961, de 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A referida agência é uma autarquia especial, responsável pela regulação (regulamentação e fiscalização) do setor de saúde suplementar (setor privado). A criação das agências reguladoras brasileiras surge no contexto do aparecimento do Estado ultraliberal e da Administração Pública de caráter gerencial.

2.1 O ESTADO ULTRALIBERAL

Sobre a base conceitual de aumentar as liberdades individuais e o não intervencionismo estatal na economia, que constitui o liberalismo, se dá a concepção do ultraliberalismo.

Com uma teoria mais radical da qual teve origem, o ultraliberalismo defende com mais veemência que as ações do Estado são ineficientes e devem ser substituídas pela iniciativa privada. Como forma de não transparecer ser tão contundente, na apresentação da sua teoria opta-se pelo uso recorrente de diversos eufemismos que acabam por suavizar a compreensão, mas não o sentido de suas palavras.

Podemos identificar a utilização de eufemismos do ultraliberalismo nas concepções sobre a Administração Pública Gerencial, onde são utilizados, na legislação, por exemplo, termos como “publicizar” em vez de “privatizar”, quando ambos apresentariam o mesmo sentido de tirar o controle do Estado passando a um ente privado.

2.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: O PLANO DIRETOR DE REFORMA DO APARELHO DO ESTADO E A “PUBLICIZAÇÃO” DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Após a promulgação da CF, em 1988, começou um processo político mais democrático em nosso país, exercido pela população através da continuidade e periodicidade das eleições para o Poder Executivo. Deste processo, resultou, em 1994, a eleição de Fernando Henrique Cardoso para presidente.

Uma de suas primeiras decisões no governo foi o lançamento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), redigido por Luiz Carlos Bresser Pereira, à época Ministro da Administração e Reforma do Estado. Este documento foi o texto fundador do modelo gerencial no Brasil, ao mesmo tempo em que afirmava que a Administração Pública burocrática é, em essência, um dos maiores problemas do Estado brasileiro. O Plano pressupõe que o Estado deveria adotar um conjunto de políticas: (1) definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade; (2) garantia de autonomia do administrador; e, (3) controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados.

O primeiro objetivo denota claramente a preocupação exclusiva com as metas sem considerar que a Administração Pública é balizada por princípios. Ou seja, não basta ter uma administração legal, ela deve ser moral. Nisto reside uma das principais diferenças do modelo público com relação ao modelo privado. Enquanto no primeiro o processo é fundamental, no segundo o lucro é a referência quase exclusiva. Já no tocante ao segundo objetivo, fica evidente a impossibilidade de uma autonomia incondicional, pois o gestor público, embora detentor de poder discricionário, deve responder ao interesse público. Ou seja, a discricionariedade do gestor está vinculada aos interesses coletivos e não à sua livre convicção.

Finalmente no que se refere ao controle dos resultados, há a necessidade no setor público de uma rigorosa observância dos meios, pois o trato impessoal assim o exige. Não basta o resultado. Este deve ser fruto de processos impessoais, tais como o cumprimento de normas licitatórias ou realização de concursos públicos.

Na opinião destes autores, um dos maiores pecados do PDRAE foi sua classificação das atividades não exclusivas (Quadro 1) ao Estado.

Quadro 1 – O aparelho do Estado e as formas de propriedade

	FORMA DE PROPRIEDADE			FORMA DE ADMINISTRAÇÃO	
	Estatal	Pública Não Estatal	Privada	Burocrática	Gerencial
NÚCLEO ESTRATÉGICO Legislativo, Judiciário, Presidência, Cúpula dos Ministérios, Ministério Público	○				○
ATIVIDADES EXCLUSIVAS Regulamentação Fiscalização, Fomento, Segurança Pública, Seguridade Social Básica	○				○
SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS Universidades, Hospitais, Centros de Pesquisa, Museus	Publicização → ○				○
PRODUÇÃO PARA O MERCADO Empresas Estatais	Privatização → ○				○

Fonte: Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, 1995.

SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS correspondem ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem ‘economias externas’ relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus. (BRASIL, 1995)

Como a prestação desses serviços envolve direitos fundamentais, produz ganhos que não podem ser apropriados pelo mercado

e não pode ser transformada em lucros, não se pode afirmar que ela deve ser ofertada e prestada por instituições “públicas não estatais” (BRASIL, 1995), como consta no PDRAE.

Tendo como conceito que serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 1997), podemos então classificar a prestação de serviços que visem à melhora da condição de saúde da população como serviços públicos, e, portanto, se encaixam e são regulados pelas Leis 8.078/90 e 8.987/95, sendo que esta última dispõe sobre a concessão e permissão de serviços e obras públicas a agentes privados, e pelo artigo 175 da CF/88: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 2008).

O texto de Bresser defende que a “propriedade pública não-estatal torna mais fácil e direto o controle social, através da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos envolvidos, ao mesmo tempo em que favorece a parceria entre sociedade e Estado” (BRASIL, 1995). A verdade é que o controle da prestação destes serviços não é efetivo, e os “detentores” do poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) não querem que o seja. Ao delegar esta prestação a um ente privado, que não responde diretamente à sociedade, estabelecem-se diferenças nas formas de execução do serviço, pois estes atuam com interesses próprios, apenas exercendo o mínimo requerido pelo Estado para a manutenção de suas credenciais de entidades beneficentes.

O PDRAE tem como premissa gerar uma maior eficiência e reduzir custos do Estado na prestação dos serviços públicos. Assim, transfere às organizações sociais – entes da sociedade organizada sem fins lucrativos, atuantes no “terceiro setor” – atividades classificadas como não exclusivas, tornando possível a sua exploração. Este processo denominou-se de “publicização”. Esta proposta leva em direção a um Estado mínimo, enxuto, que é parte integrante das teorias e discursos liberais.

Diante de um mercado de livre concorrência, a saúde passa a ser explorada economicamente, com relações capitalistas, e transforma o usuário em cliente. Esta ação torna o sistema excludente e afronta os princípios democráticos da CF/88 e do SUS.

3 O TERCEIRO SETOR E SEUS ATORES

Para classificar o setor é necessário sabermos os outros elementos desta classificação: O chamado primeiro setor é constituído pelo governo, que é responsável pelas questões sociais. O segundo setor é o privado, que se responsabiliza pelas questões individuais.

Com a dificuldade do Estado em prover serviços sociais, o setor privado começou a ajudar nas questões sociais, através das inúmeras instituições que compõem o terceiro setor. Logo, o terceiro setor é composto por organizações não governamentais, que, em tese, não objetivam o lucro, que têm como objetivo gerar serviços de caráter assistencial-social.

3.1 FILANTROPIA

Filantropia significa, segundo Stephen Kanitz, “amor à humanidade, ao contrário do amor a si próprio ou egoísmo. Surge da mesma raiz de filosofia, amor ao conhecimento” (2008).

A princípio, a filantropia não escolhe causas, nem prejudica o que deve ou não deve ser feito com o dinheiro. Alguns governos são contra a filantropia, afirmando que isto é dever do Estado. Outros querem restringir a filantropia a algumas causas específicas, como, por exemplo, àquelas que “ensinam a pescar”. Ou ainda, acham que a filantropia não deveria ser assistencialista, porque isto geraria dependência. A questão do caso reside na interpretação do texto constitucional, que trata das entidades beneficentes (art. 150, inc. VI, alínea “c”, e art. 195, § 7º), e não de entidades filantrópicas, para o gozo da imunidade.

Beneficente é aquela entidade que atua em favor de outrem que não seus próprios instituidores ou dirigentes, podendo

ser remunerada por seus serviços. Filantrópica é entidade com idêntico escopo, mas cuja atuação é inteiramente gratuita, ou seja, nada cobra pelos serviços que presta. O constituinte ao outorgar a “imunidade” dos impostos não falou em “filantropia”, mas em entidades beneficentes de “assistência social e educação” e, ao cuidar das contribuições sociais, cuidou de entidades beneficentes e não apenas das entidades filantrópicas. (MARTINS, 2002)

Para que entidades sejam reconhecidas como “de assistência social, sem fins lucrativos”, e assim gozarem da isenção de impostos, devem, conforme consta no artigo 14 do Código Tributário Nacional (CTN),

I – não distribuïrem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III – a não distribuição de benefícios a seus diretores e a escrituração regular. (BRASIL, 2005)

3.2 ATORES DO TERCEIRO SETOR

Um dos principais personagens do terceiro setor são as fundações, que se constituem nas instituições que financiam o terceiro setor, fazendo doações às entidades beneficentes. No Brasil, temos também as fundações mistas que doam para terceiros e ao mesmo tempo executam projetos próprios. Exemplo disto é a Fundação Bradesco, que “acumula fundos nos anos bons para usar nos anos ruins”.

Outro personagem deste setor são as entidades beneficentes, que são as operadoras de fato, cuidando dos necessitados, ajudando a preservar o meio ambiente, combatem a violência, entre outras ações.

São publicados números que vão desde 14.000 a 220.000 entidades existentes no Brasil, o que inclui escolas, associa-

ções de bairro e clubes sociais. Nosso estudo sobre as entidades que participaram do Guia da Filantropia revela que as 400 maiores entidades representaram, praticamente, 90% da atividade do setor em 2001. (ALVES JUNIOR; CORREIA; KUWAHARA; 2005, p. 8)

O que contrasta a realidade são as entidades que se classificam como “sem fins lucrativos”, mas que acabam tendo lucros e atendendo a interesses próprios. Um exemplo encontrado são os clubes esportivos, que se classificam como sem fins lucrativos, mas que beneficiam somente seus sócios. O ponto importante é diferenciar uma associação de bairro ou um clube que ajuda os próprios associados de uma entidade beneficente, que ajuda os carentes do bairro.

Há ainda os hospitais filantrópicos, que são portadores do “Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social”, concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), órgão colegiado subordinado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Existem diversas condições que necessitam de aprovação para se obter este Certificado. No âmbito dos hospitais, duas alternativas estão previstas pelo Decreto 4.327/02: a oferta e prestação de 60% ou mais de internações ao SUS; e, no caso de o gestor local do SUS declarar impossibilidade de contratação de 60% de internações, a entidade deve aplicar um percentual da receita bruta em gratuidade variando entre 20% e 25%, na dependência do efetivo percentual de atendimento ao SUS. Esse decreto prevê uma terceira alternativa para a obtenção do Certificado, a classificação do hospital como estratégico para o SUS. Porém, a definição de critérios para tal classificação e de uma lista de hospitais neles enquadrados, estabelecida pelo Ministério da Saúde em 2002, foi revogada no início de 2003.

Alguns hospitais denominados filantrópicos estão perdendo os seus certificados e isenções por conta do não cumprimento das exigências estabelecidas. Os artifícios utilizados por esses hospitais não vêm convencendo os reguladores de que sua participação nessa modalidade sirva beneficentemente ao sistema.

É claro que, devido aos incentivos recebidos por esta certificação, os balanços desses hospitais ficam muito mais ajustáveis, porém, devem ser cumpridas as exigências para que a sociedade não saia duplamente prejudicada: uma vez pela isenção dos impostos a esses hospitais, e outra pela não prestação dos serviços ao público.

3.2.1 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As Organizações Sociais (OS) consistem em uma figura jurídica criada pela Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, que define as organizações criadas a partir da transferência de atividades exercidas pelo Estado para a esfera privada, e que obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo.

Essas organizações são dirigidas por um conselho com participação minoritária de membros do governo, sendo formado por 20 a 40% da totalidade dos membros, conforme prevê seu artigo 3º.

Em seu artigo 12, a Lei 9.637/98 prevê que poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos, necessários as OS, para cumprimento do contrato de gestão.

A referida lei ainda cria o Programa Nacional de Publicização, “com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União” (art. 20), e finaliza no artigo 21 com a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

3.2.2 ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) é uma organização da sociedade civil que, em parceria com o Poder Público, utiliza também recursos públicos para suas finalidades, re-

guladas pela Lei 9.790, de 23 de março de 1999. Esta lei trouxe a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos serem qualificadas, pelo Poder Público, como OSCIPs e poderem relacionar-se com ele por meio de parceria, desde que os seus objetivos sociais e as normas estatutárias atendam aos requisitos da lei.

As OSCIPs são classificadas como Organizações Não Governamentais (ONGs), associações do terceiro setor que se declaram com finalidades públicas e sem fins lucrativos, quando complementam ou substituem o trabalho do Estado, acabam recebendo incentivos fiscais e também financiamento de suas ações, conforme previsto no CTN. A princípio, as ONGs têm como objetivo organizar politicamente a sociedade civil a fim de construir uma sociedade democrática e solidária.

Essas ONGs, para qualificarem-se como OSCIPs, devem atender ao previsto em sua lei de criação, como consta no artigo 4º, inciso I: “a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência” (BRASIL, 1999), dentre outros, remetendo aos princípios da Administração Pública, previstos no artigo 37 da CF/88 e alterado pela Emenda Constitucional 19, de 1998: “A administração pública direta e indireta [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 2008).

Presentes no terceiro setor, as OSCIPs foram criadas para descentralizar ações que deveriam ser realizadas pelo Estado, terceirizando as atividades do Estado, que se transforma em um ente apenas “promotor e regulador”, como estabelece o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). Desta forma, seria possível adotar um modelo de gestão gerencial.

Os recursos das OSCIPs são distribuídos de forma própria, independentemente se repassados pelo governo ou não. Assim, o Poder Público não tem controle sobre os recursos a elas destinados e sua forma de aplicação, pois necessitam apenas cumprir as metas acordadas.

Com o repasse de suas atividades, o Estado, além de se eximir de suas responsabilidades básicas, favorece essas organizações

prestadoras que, na maioria das vezes, compete com grupos privados. É interessante ressaltar esta concorrência se dá baseada em incentivos fiscais quando, a princípio, não há objetivação do lucro. Os altos salários pagos aos seus gerentes são uma forma de distribuição dos dividendos, mascarando o ressarcimento aos acionistas.

As OSCIPs ainda, por trabalharem na lógica privada, não necessitam garantir aos seus trabalhadores os mesmos direitos que teriam se estes fossem funcionários públicos, apesar de executarem o mesmo serviço e ainda recebem menos por isso.

4 A SAÚDE SUPLEMENTAR

A Lei 9.656, de 1998, marcou o início da regulamentação dos planos privados de assistência à saúde. Em seguida, a Lei foi modificada pela edição de medidas provisórias, renovadas a cada 30 dias, além de várias resoluções do Conselho de Saúde Suplementar que tinha como seu órgão executor, até final de 1999, a Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde.

Em 28 de janeiro de 2002, foi sancionada a Lei 9.961, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), uma autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, e que passou a acumular as atribuições da Saúde e da Fazenda na regulamentação do setor. É o órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (planos, seguros e convênios de saúde), com autonomia administrativa e financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos. A ANS é responsável pela elaboração do rol de procedimentos e coberturas, normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, segmentação dos planos, critérios de controle de qualidade e fiscalização dos planos de saúde, liquidação das empresas cassadas, entre outras tarefas.

Com a Lei 9.961, as empresas passaram a ser corresponsáveis pela saúde da população que atende, e os consumidores passaram a ter noção dos serviços contratados, podendo comparar antes de decidir por uma ou outra, já que todas as empresas são obrigadas a oferecer, no mínimo, aquilo que a lei determina.

A grande complexidade da legislação de saúde e assistência médica, bem como a assimetria de informações, impede que o Congresso forneça adequado provisionamento para todos os assuntos, daí resultando que as agências administrativas no âmbito da saúde e serviços humanos possam promulgar regulações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atitude de transferir os serviços públicos a terceiros acaba por incorrer em desvios, e o que deveria ser de cuidado exclusivo do Estado, como o setor da saúde, se torna objeto de mercantilização e concorrência. Isto fere, inclusive, os princípios de nossa Constituição e da lei de criação do SUS, bem como os seus princípios.

Pode-se afirmar que a prestação de serviços públicos na área da saúde por parte de entes privados representa sempre a privatização destes serviços, independentemente do ator privado responsável pela sua realização. Mesmo no caso de um ente privado sem fins lucrativos, este continua sendo um ente privado, não sujeito, portanto, às regras do direito administrativo.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Edson Henrique; CORREIA, Vanessa de Oliveira; KUWAHARA, Vitor Hugo Nadu. Projeto integrado: Fundação ABRINQ. São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www4.uninove.br/ulisses/inove/publicidade_propaganda/downloads/2005-integrados/2005-MM-Abrinq-3.pdf>. Acesso em: 02 de fev. 2008.

BARTOLOMEI, Carlos Emmanuel Fontes; CARVALHO, Mariana Siqueira de; DELDUQUE, Mária Célia. *Legislação em Saúde*. Biblioteca Virtual em Saúde, 2002. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/M/2004/Bartolomei_Legislação_saude.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*.

_____. *Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005*. Altera e acrescenta dispositivos à Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Brasil, 2005. Disponível em: <http://www.jfrj.gov.br/selegis/tributaria/pdfs/LCs/lc_7.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2008.

BRASIL. *Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001*. Altera dispositivos da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=231635>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. *Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=228596>>. Acesso em: 04 nov. 2007.

_____. *Lei 9.790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=151647>>. Acesso em: 13 ago. 2008.

_____. *Lei 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=149198>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

_____. *Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=140796>>. Acesso em: 06 dez. 2007.

_____. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 06 dez. 2007.

BUCHACAN, Robert. J.; MINOR, James. *Legal Aspects of Health Care Reimbursement*. BeardBooks, 2001.

CONSELHO NACIONAL DOS SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). Brasília: 2008. Disponível em: <http://www.conass.org.br/?page=publicacao_livro_textodetalha&cod_livro=2&capitulo=Antecedentes>. Acesso em: 13 ago. 2008.

KANITZ, Stephen. *Filantropia*. 2008. Disponível em: <<http://www.casabatistadaamizade.org.br/artigo.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Filantropia e renúncia fiscal*. São Paulo: 2002. Disponível em: <http://www.filantropia.org/artigos/ives_gandra.htm>. Acesso em: 04 nov. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. Iniciativa privada e saúde. *Estudos Avançados*, v. 13, n. 35. São Paulo, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141999000100011&script=sci_arttext&tlng=em>. Acesso em: 05 nov. 2007.

PORTELA, Margareth C.; LIMA, Sheyla M. L.; BARBOSA, Pedro R.; VASCONCELLOS, Miguel M.; UGÁ, Maria Alcía; GERSCHMAN, Silvia. Caracterização assistencial de hospitais filantrópicos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 38, n. 6. São Paulo: 2004. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102004000600009&lng=pt>. Acesso em: 04 nov. 2007.

A EFICÁCIA E A VINCULAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E DE SEUS PRINCÍPIOS BASILARES NO SETOR PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Francisco Pizzette Nunes

Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc); Discente do Programa de Mestrado do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC); Membro do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/Unesc) e do Núcleo de Estudos em Estado Política e Direito (Nuped/Unesc).
E-mail: francisco.pizzette@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo consiste na análise da problemática da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, ou seja, sua vinculação para com os direitos fundamentais, no caso em tela, a vinculação das operadoras de saúde suplementar para com a eficácia do direito à saúde de seus consumidores. Em suma, trata-se de verificar a existência, ou não, de uma vinculação das operadoras de saúde suplementar, enquanto entidades privadas, ao direito fundamental à saúde, diante do que preconiza a Constituição Federal e a Lei 8.080/90.

A EFICÁCIA E A VINCULAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E DE SEUS PRINCÍPIOS BASILARES NO SETOR PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE BRASILEIRA

O Estado Social de Direito – contrariando a lógica do Estado liberal, onde as garantias fundamentais, contempladas apenas em sua dimensão defensiva, somente possuíam relevância nas relações entre os particulares e o Poder Público – verificou que os particulares não careciam apenas de proteção contra ameaças originárias dos poderes públicos, mas também contra abusos cometidos na esfera privada (SARLET, 2000, p. 117-118). Assim, com o advento do Estado Social de Direito, há uma superação da concepção liberal-burguesa de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado (KRETZ, 2005, p. 107), não bastando limitar apenas o poder político, mostrando-se necessário também assegurar o respeito aos direitos de cada pessoa pelas demais pessoas (MIRANDA, 2000, p. 325). Nas palavras de Canotilho e Moreira,

A eficácia dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares pressupõe uma concepção dos direitos fundamentais incompatível com a tese liberal, que via nestes direitos, exclusivamente, direitos subjetivos de *defesa perante o Estado* e, conseqüentemente, os considerava relevantes apenas nas relações entre os particulares e o Estado. (2007, p. 384)

Entretanto, a problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi pouco debatida pelos teóricos do direito, tendo seu maior desenvolvimento na Alemanha, especialmente a partir da Constituição de 1949, gerando grandes controvérsias na doutrina e jurisprudência, sendo atribuída de diversos títulos, em especial o de “eficácia horizontal” (SARLET, 2000, p. 113).

Dessa forma, convém distinguir a eficácia horizontal da denominada eficácia vertical dos direitos fundamentais. Por eficácia vertical entende-se a vinculação dos órgãos públicos ou entidades estatais aos direitos fundamentais na esfera privada, enquanto que

a eficácia horizontal tratar-se da “problemática dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, bem como a vinculatividade do sujeito privado, seja ele pessoa física ou jurídica, aos direitos fundamentais” (KRETZ, 2005, p. 84).

Todavia, a expressão “eficácia horizontal” acabou sendo rejeitada por parte da doutrina, que considerou que, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, ou seja, de uma relação marcada pela desigualdade entre as partes, estar-se-ia diante de uma situação semelhante a que existe entre os particulares e o Estado, ou seja, de natureza vertical, pois uma relação horizontal deveria pressupor a igualdade entre as partes (SARLET, 2000, p. 114). Nessa esteira, para uma melhor compreensão da temática abordada, deve se empregar à eficácia horizontal um sentido sinônimo ao de eficácia ou vinculação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (KRETZ, 2000, p. 85).

Alexy (2002, p. 465) deixa clara sua opção pela eficácia horizontal, ao mencionar que “o efeito horizontal é particularmente adequado para esclarecer o efeito dos direitos fundamentais e as normas jusfundamentais no sistema jurídico”¹. No que tange ao presente estudo, trata-se da análise da eficácia e vinculação do direito à saúde, em sua perspectiva universal, integral e igualitária, nas relações jurídicas entre as operadoras e consumidores de planos e seguros de saúde suplementar.

Ressalta-se que, ao se versar sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, se está tratando da problemática da eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais no âmbito das relações entre particulares, sendo que, “qualquer aspecto que diga com os direitos fundamentais e o Direito Privado, em última análise, envolve o problema da Constituição na qual aqueles são assegurados, e as suas relações com a ordem jurídica privada” (SARLET, 2000, p. 108-115).

¹ [...] o efecto horizontal es especialmente adecuado para aclarar el efecto de los derechos fundamentales y de las normas jusfundamentales en el sistema jurídico.

Dentre os poucos ordenamentos jurídicos que possuem previsão constitucional expressa destinada à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, destaca-se o português, que em seu artigo 18/1, ao tratar da força jurídica, dispõe que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis às entidades públicas e privadas” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 379).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico português faz aplicar expressamente os direitos fundamentais às relações entre entidades privadas e demais particulares, sem qualquer restrição ou limitação, sendo que tal vinculação possui eficácia imediata, o que implica uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo que “todas as entidades privadas estão sujeitas a um dever de não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 385-386).

Destaca-se que em ordenamentos jurídicos onde a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não está expressa no texto constitucional (quando decorrente apenas da construção doutrinal e jurisprudencial), há uma tendência na elaboração de concepções restritivas fundadas no argumento de que uma eficácia geral limitaria a autonomia privada e o próprio direito privado em si (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 386). Todavia, mesmo a Constituição portuguesa não resolve de forma definitiva a problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, deixando de tratar da amplitude, forma e intensidade de tal vinculação (SARLET, 2000, p. 120).

São duas as teses acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a da eficácia mediata e a da eficácia imediata (MIRANDA, 2000, p. 324). Para a corrente da eficácia mediata,

[...] somente através de sua modelação ou transformação em normas de Direito civil podem os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias obrigar as pessoas nas suas vidas jurídico privadas e só através da sua irradiação sobre os conceitos indeterminados ou sobre as cláusulas gerais privatísticas podem os correspondentes conceitos tornar-se operativos (MIRANDA, 2000, p. 324).

De acordo com tal corrente, seria tarefa do legislador, enquanto destinatário das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações privadas, o que significaria que os direitos fundamentais não seriam diretamente oponíveis, enquanto direitos subjetivos, dependendo de uma intermediação legislativa, ou judicial, por meio de uma interpretação pautada pelos direitos fundamentais, e, no caso de lacunas, através de uma integração jurisprudencial que recepcione estes no âmbito privado (SARLET, 2000, p. 123-124).

Canaris rejeita a tese da eficácia mediata, alegando que esta atentaria contra a lógica normativa e conduziria a uma liberdade do direito privado em face dos direitos fundamentais:

Nomeadamente, parece-me até uma impossibilidade intelectual querer controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais, aferindo-a segundo uma outra norma de direito privado. Pois necessariamente estas duas normas estarão, em termos de lógica normativa, situadas no mesmo nível, pelo que uma não pode constituir a *bitola* da conformidade constitucional da outra, a qual haverá, também necessariamente, de ter o estatuto de uma *lex superior*, e haverá, portanto, de estar situada, na hierarquia das normas, num nível *superior* [...] Na verdade, neste processo, ou ela permanece uma norma do direito ordinário – e então falta-lhe, ainda e sempre, a superioridade de nível de que necessita como padrão de controlo; ou ela é elevada ao nível do direito constitucional – e então chegasse à consequência, contraditória, de o seu conteúdo, justamente na medida em que pertence realmente ao direito ordinário, adquirir agora, de repente, nível constitucional. (2006, p. 30-32)

Por outro lado, a corrente que defende a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, fundamenta-se no princípio da unidade da ordem jurídica e da força normativa da Constituição, de modo que, em decorrência de tais pressupostos, os direitos fundamentais são aplicáveis em todo o ordenamento jurídico, não se admitindo que o direito privado opere à margem da Constituição, nem que haja uma vinculação exclusiva do Poder

Público aos direitos fundamentais, devendo esta se estender a todos os particulares (SARLET, 2000, p. 121-122). Assim, de acordo com esta corrente, os direitos fundamentais não necessitam de uma intermediação legislativa, consubstanciando-se em direitos oponíveis contra quaisquer particulares que imponham limitações a estes (SARLET, 2000, p. 122-123).

Canaris (2006, p. 27-36) compartilha da corrente imediatista, uma vez que o direito privado, por se tratar apenas de direito ordinário, estaria dentro da estrutura hierárquica da ordem jurídica num plano inferior à Constituição, tratando-se de um imperativo constitucional da lógica normativa a vinculação imediata da legislação privada aos direitos fundamentais, em respeito ao princípio da primazia da *lex superior*.

Contudo, tanto os adeptos da teoria da eficácia mediata quanto os defensores de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares reconhecem uma vinculação direta (imediate) aos direitos fundamentais no caso de entidades privadas dotadas de “poder social”, ou seja, quando um dos polos da relação jurídico-privada é dotado de um poder significativo capaz de afetar a paridade entre as partes, resultando numa posição semelhante à existente entre os particulares e o Estado, importando assim na vinculação imediata dos sujeitos privados detentores do poder social (SARLET, 2000, p. 140-141).

Salienta-se que a aceção de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas reflete uma “decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito” (SARLET, 2000, p. 147), enquanto que a corrente que defende uma eficácia mediata representa uma matiz do constitucionalismo liberal-burguês (SARLET, 2000, p. 147).

No caso do Brasil, apesar de a CRFB/88 não fazer menção expressa sobre uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda assim há que se observar a vinculação e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado (KRETZ, 2005,

p. 107). Conforme já foi exposto, a dignidade da pessoa humana, preconizada pelo artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, é um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, assim vinculando diretamente o Estado e os particulares aos direitos fundamentais, sendo que, mesmo que a livre-iniciativa também se constitua num dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, e, apesar de não existir uma hierarquia fixa entre estes, ainda assim a livre-iniciativa deve encontrar na dignidade da pessoa humana o seu valor fundamental (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 36).

Ademais, o artigo 3º, inciso I, da CRFB/88, prevê como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, vindo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais a ser um pressuposto imprescindível para a prática da solidariedade (KRETZ, 2005, p. 108). Kretz elucida a questão:

[...] para um Estado Democrático de Direito que reconhece como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e que possui como um de seus objetivos fundamentais a constituição de sociedade livre, justa e solidária, resta claro que, além do dever de respeito e proteção do Estado na promoção de condições de uma vivência com dignidade, existe um compromisso da sociedade, ou seja, dos particulares em relação à dignidade da pessoa humana. (2005, p. 108-109)

Ressalta-se ainda que, de acordo com o artigo 5º, § 1º, da CRFB/88, os direitos e garantias fundamentais, dentre eles a saúde, possuem eficácia imediata, o que, nos dizeres de Sarlet (2000, p. 108), “já bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado”. Contudo, Sarlet (2000, p. 156) também explana que as normas fundamentais que se destinam apenas aos órgãos estatais não vinculariam os particulares em suas relações jurídico-privadas.

No que tange à saúde, trata-se de um direito fundamental destinado primordialmente ao Estado (CRFB/88, art. 196). Contudo, a

Constituição, em seu artigo 199, *caput*, tornou a assistência à saúde livre à iniciativa privada, o que faz desta um direito fundamental cuja destinação não se restringe ao Estado, mas se estende às entidades particulares que atuam de forma complementar ou suplementar na prestação dos serviços de saúde, estando as operadoras de suplementação dos serviços de saúde vinculadas à efetivação do direito fundamental à saúde de seus consumidores.

Dessa forma, há de se admitir uma vinculação imediata do direito à saúde nas relações jurídico-privadas entre as operadoras de planos e seguros de saúde suplementar e seus consumidores, sendo que, por ser um direito social previsto no título constitucional reservado às garantias fundamentais, sua eficácia deverá ser da mesma forma que para com os Poderes Públicos, imediata no âmbito das relações privadas, nos termos do artigo 5º, § 1º, da CRFB/88.

Ressalta-se que, tendo em vista se tratar de uma relação privada manifestamente marcada por uma grande desigualdade entre as partes, que em muito se assemelha à existente entre o Estado e particulares (vertical), deve-se reforçar a disposição do artigo 5º, § 1º, da CRFB/88, no sentido de atribuir às operadoras de saúde suplementar uma vinculação imediata ao direito à saúde de seus consumidores, uma vez que, de um lado encontra-se o consumidor, dotado de vulnerabilidade técnica, jurídica e socioeconômica, conforme preconiza o artigo 4º, inciso I, do CDC, sujeito à cláusulas predeterminadas em um típico contrato de adesão; enquanto que do outro encontra-se a operadora de saúde suplementar, dotada de significativo poder social. Nos dizeres de Sarlet,

[...] em se tratando de uma relação jurídico-privada entre um particular e outro particular caracterizada por um inequívoco e relevante grau de desigualdade onde num dos extremos encontra-se atuando uma entidade privada ou mesmo uma pessoa física dotada de expressivo poder social, estaríamos, em verdade, diante de uma relação similar (ou pelo menos muito próxima) a que se estabelece entre indivíduo e Estado, razão pela qual – em se tratando de um particular “poderoso” e configurando o desequilíbrio de poder social na

relação jurídico-privada em causa, ter-se-á sempre – ao menos de acordo com expressiva parte da doutrina – uma vinculação direta, aqui também presente uma eficácia do tipo vertical e não propriamente “horizontal”, como já foi ressaltado [...] os direitos fundamentais dos indivíduos carecem de proteção também em relação aos agentes privados (especialmente grupos empresariais, corporações, etc.) dotados de significativo poder social e/ou econômico. (2000, p. 128-129)

Dessa feita, a existência de um detentor de um significativo poder social entre os polos da relação jurídico-privada a ser tutelada, além de justificar o dever de proteção do Estado, através de sua intervenção e controle sobre a atividade, reforça e amplia a vinculação das operadoras de saúde suplementar para com o direito à saúde de seus consumidores, assim como representa uma maior necessidade de proteção destes últimos em face de sua vulnerabilidade (SARLET, 2000, p. 155).

Deve se atentar ainda que durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), cujo relatório final norteou os princípios e diretrizes das disposições constitucionais referentes à saúde, foi atribuído à saúde suplementar o caráter de serviço público, cujo contrato deveria ser regido por normas de direito público, o que reforçaria ainda mais a vinculação das operadoras de saúde suplementar para com o direito fundamental à saúde sob uma perspectiva universal, integral e igualitária, conforme indica o item 2 do relatório final da 8ª CNS:

A questão que talvez mais tenha mobilizado os participantes e delegados foi a natureza do novo Sistema Nacional de Saúde: se estatizado ou não, de forma imediata ou progressiva. A proposta de estatização imediata foi recusada, havendo consenso sobre a necessidade de fortalecimento e expansão do setor público. Em qualquer situação, porém, ficou claro que a participação do setor privado deve-se dar sob o caráter de serviço público “concedido” e o contrato regido por normas de Direito Público (BRASIL, 2008a).

Todavia, a Constituinte de 1987, ao elaborar o texto da CRFB/88, não recepcionou expressamente o teor do relatório da 8ª CNS no que diz respeito aos serviços privados de assistência à saúde, vindo o artigo 197 da CRFB/88 a configurá-los apenas como de relevância pública:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 2008b)

Embora a CRFB/88, diferentemente das disposições da 8ª CNS, não tenha atribuído natureza pública ao setor privado de assistência à saúde, o fato de os serviços de saúde prestados pela iniciativa privada também estarem imbuídos de relevância pública, reforça ainda mais a vinculação do setor de saúde suplementar à efetivação de um direito fundamental à saúde que observe os mais altos padrões de dignidade sob uma perspectiva de atendimento universal, integral e igualitário, pois, tendo em vista que se está diante de um serviço de relevância pública, o interesse social deve prevalecer sobre o privado.

Comparato chega a ponto de vincular as empresas privadas de assistência à saúde à efetivação da saúde dos pacientes da rede pública, discorrendo que o Estado deve se valer do aparato particular para satisfazer as necessidades sanitárias de seus usuários quando não tiver condições adequadas para atender a população carente, tratando-se de uma imposição implícita no princípio da solidariedade que permeia a seara dos direitos sociais:

Não tendo o sistema público de saúde condições de atender adequadamente o conjunto da população carente, ele deveria poder requisitar os serviços das organizações privadas de saúde. É esta uma imposição irrecusável do princípio da solidariedade, que domina todo o campo dos direitos sociais. (1999, p. 323)

Além disso, a Lei 8.080/90, ao dispor sobre o SUS, enquanto política nacional para as ações e serviços de saúde, abrangeu em sua égide aqueles prestados por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, tendo reforçado ainda mais a vinculação das operadoras de saúde suplementar à efetivação do direito fundamental à saúde de seus consumidores ao explicitar que a prestação de serviços privados de assistência à saúde deverá observar os princípios e diretrizes do SUS, assim devendo o direito à saúde ser observado sob uma perspectiva universal, integral e igualitária no âmbito das relações privadas decorrentes de contratos de saúde suplementar.

Art. 1º. Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais legalmente habilitados e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento. (BRASIL, 2008c)

Porém, deve se atentar que na relação jurídico-privada existente entre as operadoras de saúde suplementar e os consumidores de seus planos e seguros se opõem titulares de direitos fundamentais em ambos os polos (CANARIS, 2006, p. 33).

Dessa forma, diante da impossibilidade de uma eficácia imediata “absoluta” (SARLET, 2000, p. 157) do direito à saúde nas relações entre operadoras e consumidores do setor suplementar, Alexy (2007, p. 468-472), ao discutir sobre em que medida os direitos fundamentais influem nas relações entre particulares titulares de direitos fundamentais, contempla tal dinâmica como um problema de colisão que demanda uma necessária ponderação entre os inte-

resses em questão, de modo que alguns deles devem ser colocados, total ou parcialmente, em segundo plano².

Segundo Kretz, (2005, p. 110-112), a autonomia da vontade é um princípio constitucional que deriva da própria dignidade da pessoa humana, assim como do princípio fundamental da livre-iniciativa e do direito fundamental de liberdade, de modo que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas deve se dar sem suprimir ou eliminar a autonomia da vontade, devendo-se analisar o caso em concreto através da ponderação dos bens e direitos em questão. Assim, de acordo com a autora supracitada:

[...] se, numa relação contratual, a vontade das partes operacionalizada através do princípio da autonomia da vontade, vier a lesar um direito fundamental de uma das partes contratantes, não se estará simplesmente perante uma colisão entre um princípio do Direito Privado e um Direito Fundamental, mas sim, diante de uma colisão de direitos fundamentais ou de um conflito de direitos fundamentais [...] somente com a análise do caso concreto e mediante a ponderação dos bens e direitos em causa, poder-se-á efetivamente proteger a dignidade da pessoa humana e, dessa forma, tornar a expressão da vontade individual em uma prática da cidadania, e não mera forma egoística de manifestação do interesse isolado, com o intuito de se alcançar uma sociedade mais juspolítica, a qual tenha um mínimo de padrão objetivo do justo, e assim, livre, justa e solidária. (KRETZ, 2005, p. 112-114)

Com o reconhecimento do valor social do contrato e o advento do intervencionismo estatal, a autonomia da vontade migrou para a autonomia privada, vindo as normas de interesse público, dotadas de força cogente, limitar a liberdade contratual das partes contratantes, uma vez que se está diante da supremacia do interesse pú-

² [...] la medida del efecto iusfundamental en la relación ciudadano/ciudadano es, en última instancia, un asunto relativo a la ponderación [...] la ponderación puede conducir a reglas relativamente generales de acuerdo con las cuales, en determinados campos del derecho privado, determinados derechos fundamentales son desplazados total o parcialmente a segundo plano. (ALEXY, 2007, p. 468-472)

blico sobre o privado (MARANHÃO, 2003, p. 204-205). As relações jurídico-privadas na seara da saúde suplementar, portanto, devem respeitar a proteção imposta pela Constituição e pela Lei 8.080/90 do direito à saúde, sendo que, à medida que uma operadora de saúde suplementar recusa a efetivação do direito à saúde de seu consumidor, ou lhe possibilita de forma aquém daquela prevista pela lei fundamental, verifica-se a violação de um direito fundamental que, segundo Canaris (2006, p. 74), violaria a proibição de insuficiência.

Nesse sentido, os princípios basilares do SUS, preconizados pela Constituição Federal e pela Lei 8.080/90, consubstanciados na universalidade, igualdade e integralidade de atendimento em saúde, devem servir como parâmetros de ponderação e razoabilidade no âmbito da atividade de suplementação dos serviços de saúde, para que assim, com base no princípio da proteção do núcleo essencial (LEAL, 2000, p. 187), seja resguardada a essência do direito à saúde e sua eficácia, a fim de que este não se torne mera mercadoria a ser negociada de acordo com a vontade das partes.

Não se trata, portanto, de uma medida que nega a vigência da autonomia das vontades nas relações jurídico-privadas em matéria de saúde, mas que, em face das circunstâncias do caso concreto, da essencialidade da garantia em questão e de sua relevância social, demanda o afastamento de um princípio em favor da aplicação de outros que possuem maior peso devido ao seu caráter *prima facie* e valoração pelo ordenamento jurídico (ALEXY, 2002, p. 99-101).

Além disso, a própria Lei 9.656/98 e a RN 167/07 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) recepcionam em seu conteúdo os princípios da universalidade, igualdade e integralidade no atendimento.

Com relação à universalidade e igualdade, a Lei 9.656/98 recepciona tais princípios basilares na medida em que seu artigo 11 veda a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação do plano privado de assistência à saúde e que seu artigo 14 proíbe que as operadoras de saúde suplementar impeçam a participação de pessoas em seus planos assistenciais em função de sua idade ou deficiência (BRASIL, 2008d).

Quanto à integralidade no atendimento em saúde, o artigo 10 da Lei 9.656/98, ao instituir o plano-referência de assistência à saúde, prevê que este deverá oferecer a cobertura médico-ambulatorial e hospitalar, com padrão de enfermaria, centro de terapia ou similar, e, quando necessária, a internação hospitalar, de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde (BRASIL, 2008d), bem como a RN 167/07, em seu artigo 4º, inciso II, dispõe que a atenção à saúde na saúde suplementar deverá observar o princípio da integralidade dentro da segmentação contratada (BRASIL, 2008e).

Entretanto, a mesma lei que recepciona, em certa medida, tais princípios basilares do SUS e instrumentalizadores da eficácia do direito à saúde, estipula cláusulas de exceção que contrariam tais prerrogativas fundamentais, e, concomitantemente, violam o direito à saúde e uma série de outros direitos atrelados a este em face de sua característica transdimensional. Ressalta-se que tais cláusulas de exceção representam um enorme gravame ao direito à saúde, sobretudo no que diz respeito aos períodos de exclusão e carência nos atendimentos de alta complexidade, urgência e emergência, em face de sua natureza crítica que demanda soluções imediatas.

Para a resolução de tais antinomias presentes na Lei 9.656/98, Chaves (2005, p. 189) defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) de forma complementar e não subsidiária, conforme preconiza o artigo 35-G da Lei 9.656/98, de modo que a interpretação das normas relativas à saúde seja norteadada pela legislação consumerista:

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei geral e principiológica, pois criou um microssistema de relações de consumo, de modo que subordina qualquer legislação extravagante que tratar da matéria de consumo. Isto posto, afirma-se que na presença de antinomias na Lei 9.656/98 deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor de forma complementar e não subsidiária, no sentido de nortear a interpretação das normas relativas à saúde. (CHAVES, 2005, p. 189)

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem decidido no mesmo sentido, interpretando a relação jurídico-privada sob o viés do Código de Defesa do Consumidor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. DOENÇA DO CORAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O CUSTEIO DO TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR DE ASSOCIADO DE COOPERATIVA DE SAÚDE - UNIMED. INVOCAÇÃO DE PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. RECURSO PROVIDO. É incumbência do plano de saúde arcar com as despesas médico-hospitalares de associada que apresenta angina instável e que necessitou de procedimento de revascularização miocárdia, de urgência, ante a verificação de gravíssimas lesões coronarianas. A falta de carência para a cobertura hospitalar não deve prevalecer, porquanto se trata de caso de emergência, previsto no contrato firmado entre as partes. Qualquer cláusula presente no contrato de adesão expressando o contrário é nula de pleno direito, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, nos termos do inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. (SANTA CATARINA, 2008)

Porém, tal interpretação das relações jurídico-privadas decorrentes do setor de saúde suplementar, com base no direito do consumidor, acaba reforçando a concepção mercadológica dada à saúde pela Lei 9.656/98 ao utilizar-se do termo “produto” para designar os planos e seguros de saúde.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações jurídico-privadas decorrentes do setor de suplementação dos serviços de saúde não devem ser observadas sob um viés mercadológico e de consumo, mas sim sob a perspectiva do direito fundamental à saúde preconizado pela CRFB e pela Lei 8.080/90, e assim contemplar os titulares de planos e seguros de saúde não apenas como consumidores, mas, sobretudo, como titulares de uma garantia fundamental que se materializa através do atendimento integral, universal e igualitário, por parte das opera-

doras de saúde suplementar, dos serviços necessários para a manutenção, promoção e recuperação da saúde em seu aspecto físico, social e mental.

Dessa forma, mais do que a Lei 9.656/98 e do que o CDC, devem ser aplicados às relações jurídico-privadas os dispositivos da CRFB e da Lei 8.080/90 relativos ao direito fundamental à saúde, devendo os princípios da universalidade, igualdade e integralidade nortearem e instrumentalizarem a atividade e os contratos das operadoras de saúde suplementar, em face do imperativo constitucional de eficácia imediata das garantias fundamentais e da relevância pública dos serviços de assistência à saúde, presentes nos artigos 5º, § 1º, e 197, da CRFB, bem como nos termos dos artigos 1º e 22 da Lei 8.080/90, devido à vinculação expressa da iniciativa privada aos princípios e diretrizes do SUS, e aos princípios da unidade da ordem jurídica, da força normativa da Constituição, da primazia da *lex superior* e dos deveres fundamentais de justiça, solidariedade e respeito à dignidade da pessoa humana, norte de todas as regras e princípios do sistema constitucional.

Além disso, a própria Lei 9.656/98 e as resoluções da ANS preveem, implícita ou explicitamente, mesmo que de forma limitada, a incidência dos princípios basilares do SUS no âmbito das relações jurídico-privadas de saúde suplementar. Destaca-se também que as operadoras de saúde suplementar são detentoras de um grande poder social frente à vulnerabilidade do titular de seus serviços, o que, conforme consenso doutrinário, implica uma vinculação imediata das operadoras ao direito fundamental à saúde e aos pressupostos que lhe dão eficácia.

Portanto, a incidência dos princípios basilares do SUS, mais do que princípios de um sistema público de atenção em saúde, constituem os pressupostos, o cerne e a essência de um direito fundamental preconizado pela CRFB e pela Lei Orgânica de Saúde com base nos ideais de completo bem-estar físico, social e mental, da Organização Mundial da Saúde, bem como delimitam a autonomia privada no setor de suplementação dos serviços de saúde, sendo sua aplicabilidade imediata nas relações jurídico-privadas decorrentes dos contratos de saúde suplementar, imprescindível para a implementação de um

Estado Democrático e Social de Direito que tenha como fundamento o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BRASIL. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: 1986. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_rel.pdf>. Acesso em: 17 out. 2008a.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2008b.

_____. *Lei 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. Brasília: 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8080.htm>>. Acesso em: 01 maio 2008c.

_____. *Lei 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília: 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 17 jul. 2008d.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. *Resolução Normativa 167, de 9 de janeiro de 2007*. Atualiza o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de Atenção à Saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/legislacao/legislacao_integra.asp?id=1084&id_original=0>. Acesso em: 01 maio 2008e.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

KRETZ, Andrietta. *Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

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

MARANHÃO, Clayton. *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 7.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.

_____. *Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006.

NUNES, Francisco Pizzette; VIEIRA, Reginaldo de Souza; VIEIRA, Ioná Bez Birollo; TRICHÊS, Janete; ROCHE, Carla Niero de; VIEIRA, Roseli Schmitt; GHEDIN, Edilene da Silva. Direito à Saúde: o acesso aos medicamentos como questão de dignidade humana. II JORNADA DE PESQUISA E EXTENSÃO. *Anais*. Criciúma, 2007.

NUNES, Francisco Pizzette; VILAÇA, Gabriela Rejane. O Direito da Criança e do Adolescente a uma Alimentação e Nutrição Adequada. I JORNADA DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO. *Anais*. Criciúma, 2007.

NUNES, Francisco Pizzette; VIEIRA, Reginaldo de Souza. Direito à Saúde e Ministério Público. I JORNADA DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO. *Anais*. Criciúma, 2007.

_____. Saúde Pública e Controle Social: um direito a ser efetivado. II JORNADA DE PESQUISA E EXTENSÃO. *Anais*. Criciúma, 2007.

NUNES, Francisco Pizzette; VIEIRA, Reginaldo de Souza. A Participação Social na Construção Histórica do Direito à Saúde. V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. *Anais*. Santa Cruz do Sul, 2008.

_____. Direito de Saúde Suplementar: desenvolvimento, características e reflexos no SUS. V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. *Anais*. Santa Cruz do Sul, 2008.

_____. Saúde: direito humano, fundamental e transdimensional. III JORNADA DE PESQUISA E EXTENSÃO. *Anais*. Criciúma, 2008.

_____. O Direito à Saúde e Sua Eficácia no Sistema Constitucional. III JORNADA DE PESQUISA E EXTENSÃO. *Anais*. Criciúma, 2008.

SANTA CATARINA. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Agravo de Instrumento 2002.020164-8, de Blumenau. Des. Rel. Carlos Prudência. DJ 12.11.2002. Florianópolis, 2002. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (Org.). *A Constituição concretizada*: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Patrícia Araújo Burato

Graduada em Enfermagem pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc); pesquisadora do Laboratório em Direito Sanitário e Saúde Coletiva da Unesc (LADSSC/Unesc).
E-mail: patriciapatipi@hotmail.com.

Reginaldo de Souza Vieira

Mestre e Doutorando em Direito (CPGD/UFSC); professor do Curso de Direito da Unesc; pesquisador e coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito da Unesc (Nuped) e do Laboratório em Direito Sanitário e Saúde Coletiva da Unesc (LADSSC/Unesc); Advogado.
E-mail: prof.reginaldovieira@gmail.com.

Roseli Schminski Vieira

Graduada em Enfermagem pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc) – Brasil. Pesquisadora do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/Unesc) e do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc).
E-mail: roseschminski@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo dialogar acerca da importância da participação popular dos usuários do Sistema Único de Saúde na definição das políticas públicas a serem implementadas.

Para tanto, inicia-se discorrendo de forma sucinta sobre o processo histórico de definição das ações desenvolvidas pelo Estado brasileiro na área de saúde, bem como da possibilidade de participação dos usuários/cidadãos nas definições de políticas públicas para a área.

A seguir, tendo por marco a VIII Conferência Nacional de Saúde, é estudada a inserção do direito fundamental à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qualidade de um direito humano e social de segunda dimensão.

Neste sentido, restará demonstrado que o SUS saiu da VII Conferência Nacional de Saúde e do movimento conhecido como Reforma Sanitária que se articulava em favor da saúde pública e contra a política privatista executada pelos governantes da época (Regime Militar).

Assim, como forma de regulamentar o inserido na CRFB de 1988 do direito à saúde foram editadas duas Leis, a 8.080/90 (que regulamentou o SUS) e a 8.142/90 (que regulamentou a participação social dos usuários do SUS prevista no artigo 198, III, da CRFB de 1988).

Deste modo, com a edição da Lei 8.142/90 restou definido que a participação popular se consubstancia através das conferências e dos conselhos de saúde, como espaços deliberativos de definição das políticas públicas a serem executadas pelo Estado na área da saúde.

Por fim, registra-se que este estudo não tem por objeto exaurir as discussões sobre a temática, tendo em vista as limitações desta pesquisa e abrangência da temática.

2 SAÚDE PÚBLICA E PARTICIPAÇÃO POPULAR: BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DE SEU DESENVOLVIMENTO

O processo saúde-doença modificou-se durante muitos anos, junto com a evolução histórica das políticas de saúde no Brasil (COSTA, ROZENFELD, 2000). A participação popular está vinculada ao desenvolvimento das políticas de saúde, as quais definem o funcionamento do Sistema de Saúde.

Durante a República Velha (1889-1930), a cafeicultura era o principal setor da economia, e marcada pela vinda dos imigrantes ao Brasil. Após a abolição da escravidão em 1888, as epidemias continuavam a matar cidadãos; logo, foram criados os serviços e programas de saúde pública, “campanhas sanitárias”. Em 1923 deu-se o início da Previdência Social no Brasil, diferenciando os trabalhadores da classe dos indigentes. Caracterizou-se um país com atendimentos diferenciado no termo saúde, e onde as pessoas não tinham espaço para defender-se no processo de saúde. As Constituições brasileiras de 1891 e 1824 nada trataram sobre o direito à saúde (BERTOLLI FILHO, 1996).

A Revolução¹ de 1930 (era Vargas) ocorreu o fim da hegemonia política de divisões de classe. Em 1934 aprovou-se uma nova Constituição, que não teve tempo de se consolidar em face da ditadura do Estado Novo (Constituição de 1937), quando foram bloqueadas todas as reivindicações sociais.

Somente em 1946 o Brasil ganhará uma nova Constituição que restabelecerá as garantias democráticas. Entretanto, este processo foi ceifado pelo Golpe Militar de 1964 e a promulgação da Constituição de 1967, Emenda Constitucional 01/69 e os diversos atos institucionais do regime de exceção que romperam com o Estado de Direito² e a participação do povo nas decisões políticas (WEICHERT, 2004, p. 60).

No período de redemocratização (1945-1964) no campo da saúde pública, vários órgãos são criados, destacando-se em 1953 o surgimento Ministério da Saúde. Em 1964, o Golpe Militar trouxe autonomia ao Poder Executivo e limitou o campo de ação dos Poderes Legislativo e Judiciário. O efeito sobre o Ministério

¹ Que se findou com um golpe dentro do processo revolucionário e que galgou Getúlio Vargas à Presidência da República.

² “[...] uma fase ulterior do Estado moderno, a do Estado de direito, fundado sobre a liberdade política (não apenas privada) e sobre a igualdade de participação (e não apenas pré-estatal) dos cidadãos (não mais súditos) frente ao poder, mas gerenciado pela burguesia como classe dominante, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia na idade triunfal da Revolução Industrial.” (SCHIERA, 2002, p. 430)

da Saúde foi a redução das verbas destinadas à saúde pública (COSTA, ROZENFELD, 2000).

Com a criação do INPS houve a implantação de uma política de saúde no desenvolvimento médico-industrial e privatista (BERTOLLI FILHO, 1996, p. 60-61). A população reivindicava por melhorias no setor saúde, grupos e ONGs se organizavam para que a saúde pública pudesse ser de caráter principal nos investimentos do País.

Esta mobilização em favor da saúde pública chega a VIII Conferência de Saúde, onde sua descrição abrangeu os temas: criação de ambientes favoráveis à saúde; desenvolvimento e habilidades pessoais; reorientação dos sistemas de saúde; políticas públicas saudáveis; e reforço da ação comunitária (BECKER, 2003).

O termo direito à saúde somente começou a ser do interesse público da sociedade brasileira por volta da década de 1980, tendo marco histórico com a VIII Conferência Nacional de Saúde, envolvendo vários segmentos sociais, principalmente os profissionais da área da saúde (médicos sanitaristas) (DALLARI, 1988).

Em 1986 é realizada em Brasília a VIII Conferência Nacional de Saúde com ampla participação dos trabalhadores, governo, usuários e prestadores de serviço de saúde. A VIII CNS significou um marco para o processo de construção de um modelo de saúde, como resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente entre outros, pois cristalizou as demandas construídas pelo movimento denominado Reforma Sanitária (GERSCHMAN, 1995; BALSEMÃO, 2003; ESCOREL, BLOCH, 2005).

O movimento sanitário teve participação na VIII Conferência Nacional de Saúde (1986), onde se debateu a formatação do Sistema Único de Saúde (SUS) para o texto do que viria a ser implementado na CRFB de 1988, contando com a adesão de quase 5.000 pessoas, uma estratégia da sociedade civil organizada (GAVRONSKI, 2003).

Em 1988, a Assembleia Nacional Constituinte aprovou a criação do Sistema Único de Saúde com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reconhecendo a saúde como um direito a ser assegurado pelo Estado e pautado pelos princípios de universalidade, equidade, integralidade e organizado de maneira descentralizada, hierarquizada e com participação da população.

A CRFB de 1988 foi a primeira em território brasileiro que veio dispor sobre a saúde como direito fundamental do homem e direito social. Os direitos fundamentais são os direitos humanos esculpados nas Constituições, advindos do princípio dignidade humana (BONAVIDES, 2006; SARLET, 2001).

Para Bulos,

[...] direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social. (2007, p. 401)

A terminologia “direitos fundamentais” geralmente é entendida como sinônimo de “direitos humanos”, mas, para Sarlet, a diferença está no fato de que

[...] *direitos fundamentais* se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão *direitos humanos* guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (2001, p. 33)

Os direitos e garantias fundamentais, dentro do possível, têm aplicação direta e integral, independentemente de providência legislativa ulterior para serem imediatamente aplicados.

Os direitos fundamentais se classificam em três³ dimensões⁴: a primeira surgiu no final do século XVII, são os direitos e garantias individuais clássicos. O Estado tinha prestações negativas para com a sociedade, ou seja, o Estado tinha um dever de não fazer com relação à **vida**, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião etc.; já os de segunda dimensão, consolidados a partir do surgimento do Estado Social, são os denominados direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva (aqui se encontram os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, à **saúde** etc.; por fim, a terceira dimensão engloba os direitos de solidariedade ou fraternidade que são os direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso etc. (MIRANDA, 2000; MORAES, 2008; BULOS, 2008; SARLET, 2001).

Assim, o direito à saúde na qualidade de um direito humano fundamental, consolidado pela CRFB de 1988, se inscreve nas políticas públicas a serem efetivadas e construídas com a sociedade, sendo um direito a prestações materiais do Estado (SARLET, 2001; MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Esta participação da sociedade na consolidação e efetivação do direito à saúde ocorre através da **participação popular**, inserida no artigo 198 da CRFB de 1988, como um princípio do Sistema Único de Saúde (SUS).

A participação popular aplicada no direito à saúde caracteriza-se, conforme Schwartz (2001, p.184-185), pela participação direta como: direito de ser ouvido, recebendo reclamações, propostas

³ Existem classificações que contam com quatro ou cinco dimensões dos direitos fundamentais.

⁴ Outras terminologias utilizadas são ondas e gerações, mas que para fins deste estudo foram desconsideradas por dar a entender a existência de etapas entre os direitos fundamentais.

de cada pessoa, e através de enquetes, consultando a opinião pública; e participação indireta como: aos órgãos de consulta “pode-se dizer que a Conferência de Saúde, que avalia a situação de saúde e propõe a formulação da política de saúde no nível correspondente – art. 1º da Lei 8.142/90”; e em órgãos de decisão “essa participação é feita através do Conselho de Saúde, que formula estratégias e atua no controle da execução da política de saúde na instância correspondente – art. 1º da Lei 8. 142/90”.

É importante frisar que o surgimento do SUS teve como base o movimento da **Reforma Sanitária**.

Segundo Gerschman, a Reforma Sanitária brasileira

[...] ampliou a proposta de reformulação do Sistema de Saúde, com a ocupação de espaços nas instituições estatais da saúde, com o objetivo de produzir mudanças na política de saúde e na medida em que o próprio processo de transição à democracia o permitia. Esse crescimento da proposta e do processo de reformulação da política de saúde adquiriu sua mais acabada expressão com a VIII Conferência Nacional de Saúde em 1986, na qual se definiu o projeto da Reforma Sanitária Brasileira, o qual introduziu mudanças no setor de saúde, de forma a torná-lo democrático, acessível, universal e socialmente equitativo. (1995, p. 42)

O Brasil, sendo um país democrático, significa a soberania popular, ou seja, o poder emana do povo, e a participação direta ou indireta para que a vontade popular seja efetivada. (GAVRONSKI, 2003).

Para Finkelman, com a elaboração do texto constitucional, foi institucionalizado o SUS (Sistema Único de Saúde), “tendo como princípios a universalidade e integralidade da atenção, a descentralização e a participação popular como instrumentos de controle social” (2002, p. 248).

O SUS foi criado com o propósito de oferecer a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país a oportunidade de receber um atendimento integral e holístico referente à saúde, envolvendo

principalmente a área de promoção e prevenção e, posteriormente, a de reabilitação e a assistencial. Os dispositivos que descrevem o Sistema Único de Saúde (SUS) e sua funcionabilidade compreendem os artigos 196, 197, 198, 199 e 200 da CRFB de 1988.

Após a promulgação da CRFB de 1988, o SUS foi regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Em seu artigo 3º, a saúde é envolvida por diversos fatores que contribuem para sua concretização: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

A participação popular na área da saúde foi tratada pela Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que regulamentou os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde como instâncias para a participação popular e sobre os quais trataremos no próximo item deste estudo.

4 OS CONSELHOS E AS CONFERÊNCIAS DE SAÚDE

Entre 1941-2007 foram realizadas treze⁵ Conferências Nacionais de Saúde (CNS). A 8ª Conferência Nacional de Saúde foi o marco significativo para alterar a composição dos delegados, incorporando a participação da sociedade civil organizada.

As Conferências Nacionais de Saúde podem ser caracterizadas em cinco momentos, parcialmente modificadas: 1ª e 2ª CNS – Sanitarismo Clássico (1941-1962); 3ª e 4ª CNS – Transição (1963-1974); 5ª a 7ª CNS – Modernização Conservadora e o Planejamento Estatal (1975-1985); 8ª e 9ª CNS – Reforma Sanitária (1986-1992); e 10ª a 13ª CNS – Consolidação do SUS (1996-2007). (ESCOREL, BLOCH, 2005, p. 83).

⁵ A última conferência ocorreu em 2007 e a próxima ocorrerá em 2011. Mais informações: www.saude.gov.br.

No início das Conferências Nacionais de Saúde, o papel atribuído era de promover o intercâmbio de informações do controle das ações realizadas no âmbito estadual, a fim de regular os recursos financeiros.

Após a CRFB/88 a qual institucionalizou a saúde como direito (art. 198), a participação popular incluiu-se como um princípio para a efetivação do direito à saúde.

As conferências e os conselhos de saúde caracterizam-se por instâncias colegiadas, os quais exercem a democracia através da participação popular, este processo foi inserido na CRFB/88 no SUS. A Lei 8.142/90 estabelece a participação da comunidade para tomada de decisões na área da saúde (PEDALINI, 2003).

Nessa lei ficou estabelecido que a Conferência Nacional de Saúde fosse realizada a cada quatro anos. O instrumento de democracia participativa é a participação social, a qual tem espaço na formulação, gestão e controle das políticas públicas. Isto está concretizado nas Conferências de Saúde e nos Conselhos de Saúde. As conferências e conselhos de saúde são considerados como instâncias de fortalecimento do exercício da cidadania através do controle social da sociedade (BALSEMÃO, 2003).

As conferências nacionais de saúde servem como meio de descentralização, elaboração de normas e regulamentações nas políticas de saúde.

De acordo com Escorel e Bloch, as conferências nacionais de saúde são

Espaço público por excelência, de manifestação de interesses divergentes e de conflitos conseqüentes das divergências; as regras de organização e funcionamento das conferências são essenciais para que a força dos argumentos e a construção de consenso constituam a base das políticas deliberadas. (2005, p. 113)

A conferência de saúde se reúne a cada quatro anos, com a finalidade de “avaliar a situação da saúde e propor as diretrizes para

a formulação da política de saúde”. Já as atribuições do Conselho são formulações das estratégias e controle da execução da política (WEICHERT, 2004). O Conselho de Saúde, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias, no controle da execução da política de saúde, acompanha as ações sanitárias, faz críticas e sugestões para o aperfeiçoamento do SUS.

Uma das principais formas de participação social vincula-se aos conselhos de saúde, compostos por prestadores de serviço de saúde (25%), trabalhadores de saúde (25%), usuários (50%). Encontramos o modelo de participação social fiscalizado e deliberativo nas Leis 8.080 e 8.142 (GAVRONSKI, 2003).

O Ministério Público tem papel de grande importância para exigir que sejam implantadas as deliberações das Conferências de Saúde. Segundo Feijó,

Cabe ao Ministério Público zelar pelo respeito efetivo dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na nossa Constituição, especialmente ao direito à saúde, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. (2003, p. 76)

Neste sentido, compete ao Ministério Público, quando o cidadão não consegue da maneira convencional as prestações referentes à saúde de que necessita, buscar junto ao Poder Judiciário a realização do direito reivindicado; assim,

[...] a desativação de um hospital estadual ou municipal, ou o não provimento de outros serviços essenciais de saúde através da rede pública do SUS [...] poderá motivar a atuação do Ministério Público da União, que agirá de ofício ou mediante representação, promovendo as ações necessárias à defesa de interesses [...]. (SCHWARTZ, 2001, p. 181)

Deste modo, a sociedade, através dos instrumentos da participação popular, deve exigir a efetivação do direito à saúde em to-

dos os seus níveis, e ao Ministério Público resta o dever institucional resguardar o cumprimento dos direitos fundamentais, zelando para que a cidadania seja efetivada e a Constituição não se torne apenas uma simples prescrição de normas programáticas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou da participação popular nas definições das políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme preceituado pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 198, III.

Para tanto, fez-se uma análise histórica sucinta sobre o tratamento dado pelo Estado brasileiro ao tema saúde, inclusive em seus textos constitucionais.

Assim, constatou-se que foi somente com a promulgação da CRFB de 1988 que o direito à saúde foi constitucionalizado e inserida a participação popular dos usuários como um de seus princípios.

O SUS teve a sua regulamentação com a edição da Lei 8.080/90, que estabeleceu a forma de sua execução.

O direito à saúde é um direito humano fundamental, de caráter social e aplicação imediata, vinculado ao princípio da dignidade humana. Sua efetivação é condição essencial para uma vida humana e digna. Entretanto, conforme restou demonstrado, isso somente se dará com a participação ativa dos usuários do sistema na definição de suas políticas públicas, através das conferências e conselhos de saúde, de acordo com o regulado pela Lei 8.142/90.

Tanto as conferências quanto os conselhos, organizados em todos os níveis federativos, são espaços de definição e de execução das políticas públicas na área da saúde, organizados sob a ótica da democracia participativa.

Assim é através dessas instâncias de deliberação participativa que o controle social das ações de saúde ocorre, auxiliadas pelo Ministério Público, enquanto defensor dos interesses coletivos da sociedade.

REFERÊNCIAS

- BALSEMÃO, Adalgiza. Competências e rotinas de funcionamento dos conselhos de saúde no sistema único de saúde no Brasil. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1, p. 301-318.
- BECKER, Daniel. Organizações da Sociedade Civil e Políticas Públicas de Saúde. In: GARCIA, Joana et al. *Sociedade & Políticas – novos debates entre ONGs e universidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BERTOLI, FILHO, Cláudio. *História da saúde pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Sanitário: Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário*, v. 4, n. 2, jul. 2003.
- _____; GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Conselhos de Saúde, Democracia Participativa e a Inconstitucionalidade da Presidência Nata. *Revista de Direito Sanitário: Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário*, v. 4, n. 2, jul. 2003.
- COSTA, Ediná Alves; ROZENFELD, Suely. Constituição da vigilância sanitária no Brasil. In: ROZENFELD, Suely (Org). *Fundamentos da vigilância sanitária*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.
- DALLARI, S.G. O direito à saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, 22, p. 57-63, 1988.
- DANTAS, Humberto. *Democracia e saúde no Brasil: uma realidade possível*. São Paulo: Paulus, 2006.
- ESCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda de. As Conferências Nacionais de Saúde na Construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade et al. *Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.
- FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. A importância dos Conselhos de Saúde para a efetivação dos princípios Constitucionais relativos à saúde. *Revista de Direito Sanitário: Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário*, v. 4, n. 2, jul. 2003.
- GERSCHMAN, Silvia. *A democracia inconclusiva: um estudo da reforma sanitária brasileira*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEDALINI, Livia Maria. Conferencias e Conselhos de Saúde e o Controle Social. *Revista de Direito Sanitário: Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário*, v. 4, n. 2, jul. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIERA, Pierangelo. Estado moderno. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). *Dicionário de política*. Tradução de Carmem C. Varriale et al. Rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais. 12. ed. Brasília: UnB, 2002. v. 1 e 2, p. 425-431.

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

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: ESTUDO SOBRE A APRECIÇÃO JUDICIAL DA MEDIDA PROTETIVA DE ALIMENTOS PROVISIONAIS, CONFORME A LEI MARIA DA PENHA, NA COMARCA DE CRICIÚMA – SC, ENTRE OS ANOS DE 2008 E 2009

Mônica Ovinski de Camargo

Mestre em Direito UFSC. Coordenadora e pesquisadora do NUPEC/Unesc. Professora do Curso de Direito da Unesc.

Beatriz Cechinel

Acadêmica do Curso de Direito da Unesc. Pesquisadora bolsista do PIBIC/Unesc e do NUPEC/Unesc

1 INTRODUÇÃO

As denúncias dos casos de violência contra as mulheres¹ no Brasil, no âmbito doméstico e familiar, têm alcançado acentuado

¹ A pluralização do termo mulher nos limites desta pesquisa é imprescindível “[...] para dar visibilidade às diversidades étnico-raciais, geracionais, de orientação sexual, de deficiência e de inserção social, econômica e regional existentes entre as mulheres” conforme dispõe o *II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. (BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/docs/II_PNPM.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2008)

incremento nas últimas décadas, fato que se deve à conjunção de diversos fatores, como a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, em 1985, e, atualmente, com a edição da Lei 11.340/06, a chamada Lei Maria da Penha.

A contribuição dessa Lei para dar visibilidade aos casos de violência de gênero no Brasil é notória. No entanto, tal constatação não exclui as críticas que têm sido feitas aos seus ousados dispositivos, gerando calorosas divergências e, de outro lado, contra a não aplicação de alguns de seus mecanismos, que pode prejudicar o cumprimento dos objetivos traçados pela Lei.

O objetivo deste artigo é examinar a aplicação da Lei 11.340, de 2006, a Lei Maria da Penha, no que se refere ao disposto em seu artigo 33, que determina a cumulação de competência civil e criminal para as Varas Criminais que julgam provisoriamente os casos de violência de gênero contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, até que sejam implantados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A pesquisa tem conclusões de abrangência local, pois se fundamenta no estudo dos dados coletados na Comarca de Criciúma, Santa Catarina, entre fevereiro de 2008 e fevereiro de 2009.

Para cumprir com esse objetivo, a pesquisa se divide em três capítulos. Primeiramente examinar-se-á como os casos de violência de gênero, no âmbito doméstico e familiar, eram processados e julgados antes da Lei 11.340/06, através dos ritos da Lei 9.099/95. Em seguida, analisar-se-ão os mecanismos jurídicos inovadores da Lei 11.340/06, voltados para os casos de violência contra a mulher, tais como as medidas protetivas de urgência. Finalmente, na terceira etapa, com base em coleta de dados feita na Comarca de Criciúma-SC, verificar-se-á a aplicação do disposto no artigo 33 da Lei Maria da Penha, o que interfere diretamente no alcance das medidas protetivas.

A importância deste estudo está em visualizar se as medidas protetivas de natureza cível, especificadamente a de alimentos provisionais, estão sendo aplicadas como prevê a citada Lei, pelas Varas Criminais. Verificar a aplicação desse dispositivo contribui

para visualizar se a Lei está possibilitando a tutela da mulher em situação de violência, de forma célere e eficaz.

2 O TRATAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI 9.099/95)

A questão da invisibilidade dos casos de violência contra as mulheres acompanha a própria história da dominação pautada em gênero que a tem sustentado durante séculos da história ocidental. A construção e a assimetria dos papéis sociais de gênero demarcam o signo da inferioridade, fragilidade e consequente sujeição imposta ao feminino, em clara oposição às características relacionadas ao masculino. Esta é a base da discriminação de gênero, que não está relacionada à *natureza* dos sexos, mas às disputas de poder que lhe deram forma. Como bem designa Alessandro Baratta,

[...] as pessoas do sexo feminino tornam-se membros de um gênero subordinado, na medida em que, em uma sociedade e cultura determinadas, a posse de certas qualidades e o acesso a certos papéis vêm percebidos como naturalmente ligados somente a um sexo biológico, e não a outro. Esta conexão *ideológica* e não “natural” (ontológica) entre os dois sexos condiciona a repartição dos recursos e a posição vantajosa de um dos dois gêneros. (1999, p. 21-22)

Inegavelmente, a violência que vitimiza as mulheres está erigida sob essa dominação com base em gênero, a qual também constitui o pano de fundo para os conflitos de natureza doméstica e familiar. As identidades ligadas ao feminino e ao masculino são elaboradas a partir de conflitos que são travados em distintas arenas sociais, quer de ordem pública ou privada (BANDEIRA; SUÁREZ, 1999, p. 16-17). Os atos de violência contra as mulheres, que decorrem dos conflitos de gênero, sucedem normalmente na esfera privada e são silenciados pelo manto da *manutenção* da família e da dependência econômica e, por vezes, emocional das vítimas.

Tendo em vista todas essas peculiaridades que expõem a vulnerabilidade das mulheres, tornou-se imperioso o estudo e a criação de mecanismos para enfrentar essa modalidade de violência. Tais iniciativas tiveram espaço no Brasil na década de 1970, a partir da mobilização do movimento feminista e do avanço dos estudos acadêmicos, os quais foram responsáveis por aliar as frentes de militância política e de aprofundamento das pesquisas sobre a temática. Mesmo permeado pela pluralidade de pensamentos e posicionamentos em relação à condição feminina, a combinação de interesses comuns desses grupos resultou em sucessivas conquistas de matriz jurídica e política que, paulatinamente, também revelaram a realidade de violência vivenciada por grande parte das mulheres nos lares brasileiros.

Dentre essas conquistas destacam-se: a instituição do SOS Mulher, para receber denúncias de casos de violência (1980); dos primeiros Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos das Mulheres (1983); a adesão do Brasil, em 1984, à Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), em 1995; a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) e do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, ambos em 1985 (CÔRTEZ; MATOS, 2009, p. 11-12).

Todavia, na esfera jurídica, o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres e o compromisso do Estado em criar mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar, direitos expressos no texto da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2009a) e nos tratados internacionais de direitos humanos, não foram suficientes para estender para as leis e nem para a prática judicial o enfrentamento da violência contra as mulheres. O trato desse tipo de violência nunca contou com qualquer reconhecimento ou distinção jurídica, e a situação ganhou contornos mais críticos após a inclusão dos casos mais típicos de violência contra as mulheres nos ritos da Lei 9.099/95, a Lei que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECrim).

De forma geral, a edição dessa Lei representou um avanço em relação às formas arcaicas de judicialização dos conflitos penais, que datavam da década de 1940 e eram marcadas pelo excesso de morosidade, formalidade e pelo rigorismo das penas. A Lei 9.099/95 instituiu os crimes de *menor potencial ofensivo*², permitiu maior agilidade na pretensão *resolução* dos conflitos criminais, permitindo a conciliação entre vítima e agressor, que tinham a chance de *negociar* a continuidade do processo, bem como possibilitou respostas menos gravosas para os acusados, como expressa o texto legal, no seu artigo 62:

O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 2009b)

No entanto, todos os benefícios trazidos pela Lei para os conflitos de ordem criminal não tiveram o mesmo efeito para os casos de violência contra as mulheres. Uma das constatações mais diretas das pesquisas realizadas sobre o funcionamento dos JECrims, para esse tipo de violência foi que as propostas de conciliação entre agressores e mulheres normalmente eram resumidas pela sobreposição dos valores da manutenção da família e da pacificação dos conflitos domésticos em relação aos danos físicos, psicológicos e morais sofridos pelas mulheres, que eram desprezados, rela-

² De acordo com o disposto inicialmente no artigo 61 da Lei 9.099/95, eram consideradas infrações penais de *menor potencial ofensivo* todas aquelas cuja pena máxima não fosse superior a um ano. Isso até o advento da Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais), que ampliou através de interpretação extensiva o prazo para dois anos, situação que se sedimentou com a edição da Lei 11.313/2006, que determinou que seriam de *menor potencial ofensivo* todas: “[...] as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (BRASIL, 2009b). Logo, desde a primeira redação, a Lei 9.099/95 determinou a competência do JECrim para as infrações como: lesões corporais de natureza leve, ameaças e vias de fato, que são as mais praticadas contra as mulheres nos casos de violência doméstica e familiar.

tivizados, tratados como quase que um ônus natural que a mulher deve, por vezes, suportar do companheiro³. Isso era feito com o intuito de *agilizar a resolução* dos conflitos e desafogar os Juizados dos casos de *brigas de casal*, sempre com o argumento de que a continuidade processual não surtiria efeito, pois o casal sempre acabaria por se reconciliar. De fato: “No JECrim, não importa a defesa da mulher enquanto sujeito de direitos, mas a preservação da família e da relação marido e mulher. Dessa forma, essa instituição reifica a hierarquia entre casais de modo a não importunar o trabalho da Justiça” (DEBERT; OLIVEIRA, 2009, p. 308).

Outro ponto que também serviu de crítica à aplicação da Lei 9.099/95 para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher é que a *domesticção* da violência por ela proposta, ao considerar os crimes praticados nessa esfera como de *menor potencial ofensivo*, permitia que a violência continuasse a ser perpetrada e, por vezes, se agravasse. Com efeito,

[...] a violência doméstica, por se tratar de comportamento reiterado e cotidiano, carrega consigo grau de comprometimento emocional (medo paralisante, p. ex.) que impede as mulheres de romper a situação violenta e de evitar outros delitos simultaneamente cometidos (estupro, cárcere privado, entre outros). A noção de delito de menor potencial ofensivo ignora, portanto, a escalada da violência e seu verdadeiro potencial ofensivo. Inúmeros estudos têm demonstrado que a maioria dos homicídios cometidos contra as mulheres, os chamados *crimes passionais*, ocorre imediatamente após a separação. Nesses casos, as histórias se repetem: inúmeras tentativas de separação, seguidas de agressões e ameaças, culminam em homicídio. (CAMPOS, CARVALHO, 2009, p. 414)

³ Pesquisa feita com mulheres que desistiram de dar continuidade às denúncias contra os companheiros constata que: “Embora todas as mulheres reconheçam que são dominadas e humilhadas no episódio da agressão, as noções de justiça e igualdade entre marido e mulher, correspondentes à noção de cidadania, não aparecem claramente nos depoimentos. Estudos afirmam que poucas mulheres nesta situação reconhecem violência doméstica como tal. Como se ocorresse a relativização da violência, percebida por elas como parte da vida cotidiana.” (JONG; SADALA; TANAKA, 2008, p. 749)

Por fim, há uma notória percepção que a Lei 9.099/95, ao aplicar o instituto da transação penal para os casos de violência doméstica, convertendo a continuidade do processo no pagamento de multa ou na prestação de serviços à comunidade, não respondia aos anseios da vítima, visto que ela não era chamada a opinar sobre a transação feita com o réu, fazendo com que seu silêncio e sua vulnerabilidade, constituídos no âmbito privado, fossem reproduzidos na esfera judicial. Em pesquisa sobre o tema nesse período, observa Carmen Campos:

[...] as vítimas saem frustradas da audiência porque não lhes foi dada oportunidade de opinar e porque a pena imposta não é capaz de reproduzir o grau de gravidade do delito que chegou ao Judiciário. A insatisfação com a pena aplicada (multa ou prestação de serviços à comunidade) representa a impunidade; é como se o delito não tivesse sido penalizado. Embora inovadora nas medidas despenalizantes, a Lei tem sido, por outro lado, incapaz de responder satisfatoriamente aos casos de violência conjugal. (2009)

Todas essas críticas motivaram o movimento feminista a lutar pela modificação da Lei 9.099/95, e foram somadas às pressões internacionais feitas pela OEA (Organização dos Estados Americanos), diante do caso “Maria da Penha”⁴, as quais levaram o Brasil a publicar a Lei 11.340/06, vigente a partir de 22 de setembro daquele ano, e que é conhecida como Lei Maria da Penha, a qual será a seguir examinada em alguns aspectos pontuais.

⁴ A farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes era casada com o economista e professor universitário M.A.H.V. Em 1983, seu então marido simulou um assalto e, utilizando uma espingarda, tentou matá-la, deixando-a paraplégica. Alguns dias depois, enquanto Maria da Penha tomava banho, provocou uma descarga elétrica, tentando matá-la novamente. A denúncia do caso só foi oferecida em 1984, um ano e quatro meses depois do acontecimento. Somente em 1991 o réu foi condenado a 8 anos de prisão. Recorreu em liberdade e um ano depois anularam o julgamento. Com novo julgamento em 1996 e desta vez condenado a 10 anos e 6 meses de prisão, novamente recorreu em liberdade e só em 2002 foi realmente preso, cumprindo apenas 2 anos da pena (DIAS, 2007, p. 13).

A LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) E A SIMPLIFICAÇÃO DOS RITOS JUDICIAIS, COM A CUMULAÇÃO DE COMPETÊNCIA CIVIL E CRIMINAL DOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA E DAS VARAS CRIMINAIS

O emblemático caso “Maria da Penha” foi representado pelo CEJIL (Centro pela Justiça e Direito Internacional) e pelo CLADEM (Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) que denunciaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Como consequência, a Comissão publicou o Relatório 54/2001, no qual emitiu diversas recomendações para o Estado brasileiro, dentre as quais que o país se comprometesse a

Continuar e aprofundar o processo de reformas que evitem a tolerância estatal e o tratamento discriminatório a respeito da violência doméstica contra as mulheres no Brasil. [...] b. Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possam reduzir os tempos processuais, sem afetar os direitos e garantias do devido processo legal; (CIDH, 2009)

A Lei Maria da Penha representou um avanço para o ordenamento jurídico brasileiro no objetivo de enfrentar e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres e contemplou muitas das demandas do movimento feminista, dos direitos humanos já previstos para as mulheres na Convenção de Belém do Pará, desde 1995. Dentre suas inúmeras inovações, destacam-se: a proibição expressa da aplicação da Lei 9.099/95 para processar os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41); a previsão das medidas protetivas de urgência de natureza cível e criminal, as quais podem ser destinadas para limitar as ações dos agressores ou para garantir direitos para as vítimas (arts. 18 a 24); a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que cumula competência civil e criminal para julgar as causas que envolvem esse tipo de violência e inclui na sua composição uma equipe de atendimento multidisciplinar, com

profissionais das áreas psicossocial, jurídica e de saúde (arts. 14 e 29 a 32); e a majoração da punição dos agressores, prevista no artigo 44 (BRASIL, 2009-c).

Como a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher demanda a aplicação de consideráveis recursos públicos e depende da iniciativa dos Tribunais de Justiça de cada Estado da federação, a Lei permitiu em seu artigo 33 que, provisoriamente, as Varas Criminais das Comarcas de cada município pudessem exercer o papel dos Juizados, estabelecendo que elas cumulassem competência civil e criminal para julgar todas as disposições previstas pela Lei. Sobre esse aspecto, afirma Maria Berenice Dias:

Claro que, diante da realidade brasileira, não há condições de promover o imediato funcionamento dos juizados com essa estrutura em todos os cantos deste país, até porque, de modo injustificado, sequer foi imposta a criação ou definidos prazos para a sua implantação. Mas, até que isso ocorra, foi atribuída às Varas Criminais competência cível e criminal (arts. 11 e 33). A alteração de competência justifica-se, porquanto de modo expresso – e em boa hora – foi afastada a Lei 9.099/95 quando o crime é praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41). (2007, p. 299)

A obrigatoriedade de se cumular as competências cíveis e criminais em uma Vara apenas ou para o Juizado emergiu como solução para um problema que há tempos vitimizava as mulheres que denunciavam a violência sofrida. As distintas pretensões jurídicas oriundas dos casos de violência não se restringem à esfera criminal. Advém da violência também questões de natureza civil, como a necessidade da vítima de receber alimentos provisionais para poder se afastar do agressor e manter o sustento próprio e dos filhos em comum, a proteção judicial contra a venda ou destruição de bens patrimoniais do casal, que pode ser feita pelo agressor como represália pela denúncia feita, entre outras.

No rito anterior à Lei Maria da Penha, para evitar que essas demandas ficassem sem tutela judicial e servissem como um plus

para sua vitimização, as mulheres precisavam procurar um(a) advogado(a) para entrar com petições distintas, cada qual direcionada para um juízo competente – Vara de Família ou Vara Cível – com os custos que cada uma delas precisava para ser ajuizada.

Como remédio para esse problema, a Lei trouxe como inovação a previsão de medidas protetivas de urgência⁵, que garantem à mulher o direito de ver todas essas pretensões, e outras tantas, atendidas pelo mesmo juízo que tomou ciência da prática da violência. Dessa forma, o juízo terá conhecimento pleno da necessidade dessas medidas, como forma de diminuir os danos enfrentados pelas mulheres vítimas de violência.

Além disso, o fato de a mulher não precisar procurar um(a) advogado(a) e peticionar para distintos juízos evita que sua situação de fragilidade física e emocional como consequência da violência não a impeça de fruir dos direitos que a Lei lhe confere, concedendo assim uma tutela mais célere e eficiente (CAMPOS, CORREA, 2007, p. 469).

Já o rito, de acordo com a Lei Maria da Penha, também se tornou muito mais rápido. Cabe à autoridade policial, após ter lavrado o bole-

⁵ Dentre as medidas protetivas de urgência, existem as que obrigam o agressor e as que se dirigem para a mulher. As primeiras estão previstas no artigo 22 da Lei 11.340/06, que são, dentre outras: “I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.” Já as segundas estão previstas, em sua maioria, nos artigos 23 e 24 e são: “I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV – determinar a separação de corpos.” (BRASIL, 2009c)

tim de ocorrência, tratando-se de ação penal condicionada, tomar representação a termo (art. 12, I). Deverá ainda, coletar provas, determinar que seja feito exame de corpo de delito e outros exames periciais se cabíveis (art. 12, II e IV), informando a ofendida dos seus direitos e serviços disponíveis. Havendo interesse em requerer medidas protetivas, caberá à autoridade policial remeter o expediente apartado para o juiz, no prazo de quarenta e oito horas (DIAS, 2007, p. 303).

Existe uma necessidade de maior integração entre o Poder Judiciário e as Polícias Civil e Militar, já que a autoridade policial teve seu leque de ações ampliado com a Lei 11.340/06. Sendo assim, a autoridade policial deve obter o maior número de informações possível para orientar o juiz a resolver da melhor forma o litígio (PASINATO, 2008, p. 355).

Pressupõe-se que o juiz tenha capacidade, após ter recebido o pedido de medidas protetivas, e analisado o caso, para decidir a respeito e ainda utilizar da rede de serviços previstos na lei. Concedendo as medidas protetivas, poderá complementar com medidas que achar de direito da ofendida, com o fim de prevenir a práticas de outras violências contra a mulher. Caso o pedido de concessão de medidas protetivas seja indeferido e não havendo manifestação contrária, será arquivado. Ou ainda, pode o juiz designar audiência de justificação (DIAS, 2007, p. 304-305).

Segundo Berenice Dias, é salutar este ato quando estão envolvidas questões relacionadas ao direito da família, não com a intenção de reconciliar o casal, ou induzir a vítima a desistir, mas sim para que sejam resolvidos os assuntos relacionados à guarda dos filhos, regulamentação de visitas e definição de pensão alimentícia. Afirma também Dias:

Não formando a convicção da necessidade ou pertinência da medida pleiteada pela mulher perante a autoridade policial, é facultado ao juiz, ao invés de indeferir o pedido e extinguir o procedimento, designar audiência de justificação. Mas é preciso que a solenidade seja realizada dentro do menor prazo possível, até porque se está em sede de tutela de urgência. (2007, p. 143)

Depois de examinadas as disposições diferenciais da Lei 11.340/06, resta observar como a Lei está sendo aplicada e verificar quais são os obstáculos judiciais para que a Lei surta os efeitos para os quais foi criada.

4 A LEI MARIA DA PENHA NA COMARCA DE CRICIÚMA-SC: ANÁLISE DOS OBSTÁCULOS PARA A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DE NATUREZA CÍVEL

Nesse momento, serão apresentados e examinados os dados de uma pesquisa sobre a aplicação das medidas protetivas de urgência realizada na Comarca de Criciúma⁶, Santa Catarina. A partir da análise dos dados coletados na 1ª Vara Criminal⁷, entre janeiro de 2008 e janeiro de 2009, verificou-se que o disposto no artigo 33 da Lei Maria da Penha, que determina o acúmulo de competência civil e criminal para julgar os processos dessa natureza, não está sendo aplicado.

O gráfico adiante apresenta primeiramente dois tipos de medidas protetivas de urgência de natureza cível que mais foram requeridas pelas mulheres vítimas de violência da região de Criciúma-SC⁸.

⁶ Pesquisa intitulada: “Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) e violência de gênero: monitoramento processual das medidas protetivas para as mulheres no município de Criciúma/SC, entre os anos de 2008 e 2009, na perspectiva da Criminologia Feminista” realizada pelas acadêmicas do Curso de Direito Alexandra Benincá e Beatriz Cechinel, sob orientação da prof^a. M.Sc. Mônica Ovinski de Camargo. Essa pesquisa faz parte da linha de pesquisa Gênero e Direitos Humanos, do NUPEC – Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania e está sendo financiada pelo programa institucional PIBIC/Unesc, da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

⁷ A Comarca de Criciúma ainda não conta com a estrutura do **Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher** e, por isso, a 1ª Vara Criminal foi considerada competente para julgar os casos previstos pela Lei Maria da Penha, cumulando, portanto, competência civil e criminal.

⁸ Ressalta-se que diversas outras medidas protetivas de natureza cível e criminal foram requeridas e deferidas ou indeferidas judicialmente na mesma

Observa-se que dentre os 262 autos de processos judiciais, inquéritos policiais e autos de prisão em flagrante delito analisados, em 31,6% deles as vítimas requereram as medidas protetivas de urgência de alimentos provisórios e restrição de visitas aos filhos, incluídos também os casos em que as duas opções figuraram conjuntamente no mesmo auto de processo. Impressiona verificar que todos os processos relacionados a esses pedidos tiveram suas medidas indeferidas pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma/SC.

Dentre os requerimentos examinados, em 15,6% foram pedidos os dois tipos de medidas, prestação de alimentos e restrição de visitas. Em 14,1% dos casos foi feito apenas o pedido de alimentos, visto que na maioria dos casos as mulheres dependem do marido para prover o seu sustento e dos filhos, pois declararam trabalhar no próprio lar (Figura 1). Em um dos casos, as pesquisadoras se surpreenderam em constatar no processo o ato de desespero praticado por uma das mulheres que denunciou o companheiro agressor. Ela requereu em juízo a soltura do agressor preso, pois “não tinha o que comer”.

Casos como esse demonstram que a Lei Maria da Penha acertou ao garantir o direito da mulher, vítima de violência de gênero, de obter medidas de urgência, tais como a de alimentos provisionais. Mesmo porque, sem tais medidas a mulher correria o risco de ver sua denúncia cair no vazio e ser impelida a conviver e a aceitar a violência praticada pelo companheiro, pois romper com esse ciclo afetaria diretamente seu sustento e de seus filhos.

O ato de desespero relatado no caso acima se explica pelo fato de que o juízo competente da Comarca não está nem ao menos julgando os pedidos de medidas protetivas de alimentos provisionais.

Comarca e fazem parte da pesquisa. Justifica-se que as medidas de alimentos provisionais e de restrição das visitas aos filhos foram as medidas cíveis mais requeridas. Escolheu-se a medida de alimento provisional para fazer parte desse artigo porque ela atende ao critério de serem eminentemente de caráter cível e também porque seu deferimento ou indeferimento afeta diretamente a aplicabilidade de toda a Lei Maria da Penha.

Na figura 2 estão representados os despachos judiciais feitos nesses pedidos, verificados no estudo dos dados coletados nessa pesquisa.

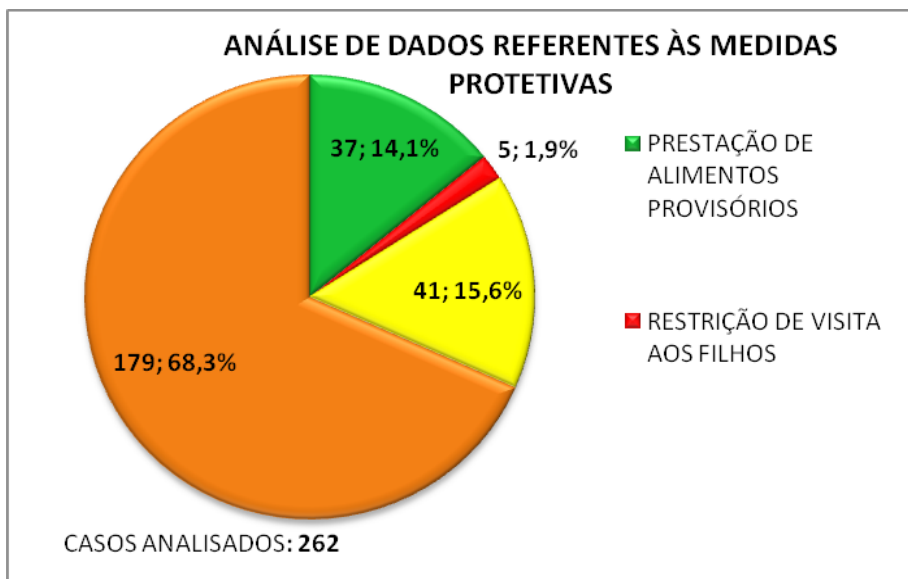


Figura 1. Análise de dados referentes às medidas protetivas.

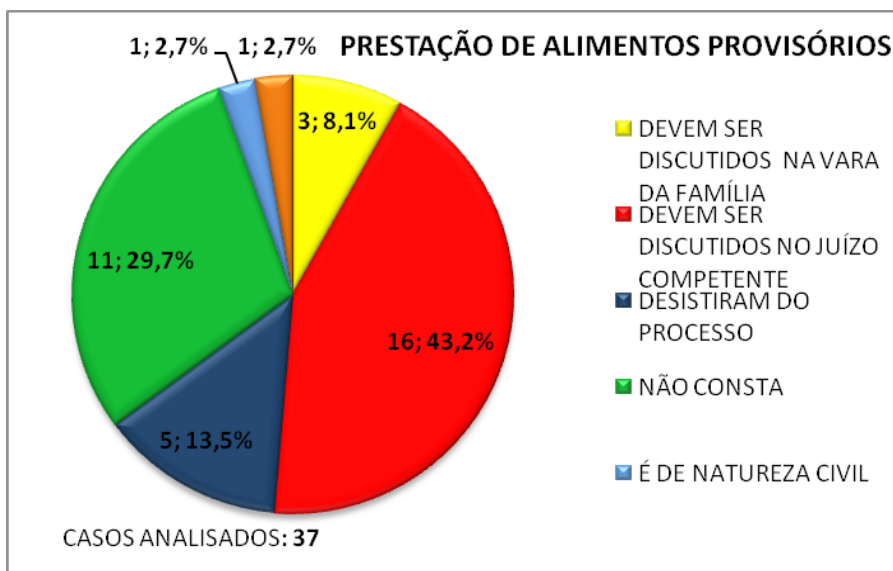


Figura 2. Prestação de alimentos provisórios.

Observa-se que o disposto no artigo 33 da Lei 11.340/06 – “Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher [...]” (BRASIL, 2009c) – não está sendo aplicado na Comarca de Criciúma. Em nenhum dos casos examinados no período da pesquisa o(a) juiz(a) sequer apreciou o pedido, limitando-se apenas a declarar preliminarmente sua incompetência para julgar. Isso faz com que a mulher seja novamente vítima da morosidade judicial e seja obrigada a procurar um(a) advogado(a) ou órgão de defensoria dativa para ver seu pedido urgente de alimentos provisionais ser examinado e deferido judicialmente.

Decisões como essa aprofundam os danos da violência de gênero e reproduzem a discriminação contra a mulher que está em clara situação de vulnerabilidade, de dependência alimentar de seu companheiro, que também é seu agressor e faz com que essa situação se perpetue.

É muito provável que a mulher que teve a medida de alimentos indeferida, levando em conta sua situação de dependência, não se sinta mais encorajada a ingressar ou dar continuidade à ação penal contra o agressor e isso contribui para os casos de não denúncia dos agressores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha representa um notável avanço na luta contra a disseminada prática da violência de gênero, que tem vitimizado incontáveis mulheres no Brasil. A Lei reúne demandas que há tempos são objeto de tratados internacionais de direitos humanos das mulheres, bem como pontos irrenunciáveis da luta dos movimentos de mulheres. A Lei supera em muito as críticas contra a aplicação da Lei 9.099/95, que não atendia às demandas das mulheres nos casos de violência de gênero.

A previsão legal das medidas protetivas de urgência constituem o diferencial da Lei Maria da Penha, que não se limita apenas a punir os agressores de mulheres, mas em tutelar as vítimas, permitindo que os danos advindos da violência sejam minorados. Dessa forma, as mulheres podem contar com mecanismos legais aptos para propiciar a mínima segurança e amparo judicial e policial para denunciar seus agressores e romper com a violência sofrida.

No entanto, dados coletados em Criciúma-SC demonstram que os avançados dispositivos legais não estão sendo aplicados em sua totalidade pelo Poder Judiciário, o que representa sério obstáculo para a efetividade da Lei. Se o artigo 33 da Lei estivesse sendo cumprido, muitas mulheres vítimas de violência estariam sob o mínimo amparo legal, contando com os recursos necessários para sua subsistência. Nesse caso, é provável que se sentissem fortalecidas para dar andamento às denúncias feitas contra seus agressores e para incentivar que outras mulheres fizessem o mesmo, ampliando a margem de efetividade da Lei Maria da Penha.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria; SUÁREZ, Mireya. *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília – EDUnB, 1999.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2009a.

_____. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 21 abr. 2009b.

_____. *Lei 10.340, de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 20 abr. 2009c.

_____. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres*. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/docs/II_PNPM.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2008.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. *Revista Estudos Feministas* [online]. 2006, v. 14, n. 2, p. 409-422. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a05v14n2.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

_____. Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico. *Revista Estudos Feministas* [online]. 2003, v. 11, n. 1, p. 155-170. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2003000100009&lng=pt&nrm=iso&tlng=PT>. Acesso em: 21 abr. 2009.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso 12.051, Relatório N^o 54/01 (Maria da Penha Maia Fernandes) (BRASIL)*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2001port/capitulo3c.htm>>. Acesso em 24 abr. 2009.

CÔRTEZ, Iáris Ramalho; MATOS, Myllena Calasans de. *Lei Maria da Penha: do papel para a vida*. Comentários à Lei 11.340 e sua inclusão no ciclo orçamentário. Disponível em: <<http://www.cfemea.org.br/pdf/leimariadapenhadopapelparaavida.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A efetividade da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 297-312, jan./fev. 2007.

JONG, Lin Chau; SADALA, Maria Lúcia Araújo; TANAKA, Ana Cristina D'Andretta. Desistindo da denúncia ao agressor: relato de mulheres vítimas de violência doméstica. *Revista da Escola de Enfermagem da USP* [online]. 2008, v. 42, n. 4, p. 744-751. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v42n4/v42n4a17.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

PASINATO, Wânia. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 70, p. 321-360, jan./fev. 2008.

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER E O ADVENTO DA LEI MARIA DA PENHA

Nelca Giorgiana Figueredo

Especialista em Ciências Criminais pelo CESUSC. Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense, colaboradora do Instituto Ócio Criativo. E-mail: nelcafigueredo2@hotmail.com..

André Viana Custódio

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina,
Professor nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul e Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Avantis. Pesquisador do Núcleo de Políticas Públicas de Inclusão Social (Unisc) e do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (Nejusca/UFSC).
E-mail: andreviana.sc@gmail.com.

Ismael Francisco de Souza

Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, Graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc), Professor da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc); Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/Unesc). E-mail: ismaelsouza.sc@gmail.com.

INTRODUÇÃO

No Brasil, assim como em outros países, o uso da violência contra a mulher é fato preocupante, pois os agressores são geral-

mente pessoas muito próximas – pais ou filhos, maridos, namorados, ex-namorados, vizinhos ou conhecidos.

O método de pesquisa foi indutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Em seguida, faz-se uma breve abordagem dos aspectos históricos sobre os direitos de mulheres, o conceito de gênero à condição feminina e formas de violência, e uma breve explanação quanto à proteção jurídica concedida às mulheres brasileiras contra a violência e as garantias advindas da Constituição Federal de 1988. No que concerne à esfera internacional, proteções previstas nas convenções e tratados internacionais. Finaliza-se o artigo com a pontuação dos principais artigos da Lei Maria da Penha.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE OS DIREITOS DE MULHERES

Ao longo da história, no Brasil, assim como no mundo, os campos abordados são os da ação e do poder masculino. Esta exclusão se reflete na divisão traçada entre a vida pública e a vida privada, assim construiu-se a convicção de que à mulher (mãe, esposa, filha) caberia apenas o espaço privado do lar, sendo reservado ao homem o espaço público do trabalho, política e conhecimento intelectual (MURARO, 2005, p. 5-9).

Desde a época da colonização do Brasil, a mulher foi minuciosamente controlada pelo poder familiar, assim como pela Igreja Católica, que não media esforços para prestar ensinamentos a fim de manter o recato e a moral das famílias. As mulheres tinham que ser permanentemente controladas por seus senhores, ou seja, pais, irmãos, maridos (ARAUJO, 1997, p. 46-48).

Já no século XIX, com a ascensão da classe burguesa e o incremento da vida urbana proporcionando um novo convívio social, a mulher burguesa brasileira passa a desempenhar um novo papel, irá marcar presença junto à família nos salões e teatros (DEL PRIORE, 1997).

No início do século XX, no Brasil, esse paradigma sofre alterações, não decorrente de um avanço em termos de liberdade para as

mulheres, mas sim em função de problemas econômicos. Nas classes do proletariado encontravam-se trabalhando nas fábricas crianças e mulheres oriundas de famílias pobres, vítimas da exploração, em péssimas condições de trabalho e ainda discriminadas pelos aparelhos estatais, de modo que, às mulheres, cabiam as tarefas menos especializadas e mal remuneradas (DEL PRIORE, 1997, p. 583-584).

O Decreto 21.417, de 17 de maio de 1932, trouxe, pela primeira vez, resoluções sobre o trabalho feminino, de forma que houve concessão de direitos para as mulheres trabalhadoras visando à harmonização da maternidade e trabalho assalariado. No entanto, apesar da conquista de alguns direitos trabalhistas, a situação de subordinação feminina permanecia inalterada e reforçada pela legislação que até 1931 concedeu direito a voto de forma restrita, sendo concedido de forma geral apenas com o advento da Constituição de 1934 (COUTINHO, 2004).

A contrassenso, enquanto a Constituição de 1934 reconhecia de forma geral o direito a voto para as mulheres, as integrantes da “União Feminina” (movimento ligado à Aliança Nacional Libertadora) eram duramente criticadas por seu comportamento, rotulado de “imoral” para os padrões da época, pois usavam cabelos curtos, fumavam charutos além de defenderem o amor livre (LEVINE, 1980, p. 117).

A resposta às críticas foi dada por meio do Decreto 246, de 19 de julho de 1935, através do qual o Presidente Getúlio Vargas determinou o fechamento em todo território brasileiro da “União Feminina do Brasil” sob a justificativa de caracterizar atividade subversiva. A resolução tomada, além de englobar questões políticas, tinha o objetivo de não permitir o rompimento da imagem da mulher tradicional (mãe e esposa), a qual prevaleceu durante o período republicano, ignorando a atuação das mulheres no movimento operário, de intelectuais no movimento anarquista e de professoras (LOBO, 1991).

Cabe ressaltar que a própria legislação perpetuava a inferioridade da mulher, e exemplo disso são os artigos do Código Civil de 1916 que nitidamente foram elaborados a partir da influência da

sociedade patriarcal, de modo a limitar a atuação feminina na sociedade conjugal e conceder ao homem um amplo rol de direitos no exercício de chefia da unidade familiar (DELGADO, 1996).

Durante os anos sessenta, algumas medidas de ordem legislativa foram criadas, tal como a Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, dando origem ao Estatuto da Mulher Casada. O referido Estatuto passou a reconhecer a condição da esposa como colaboradora do marido nos interesses da entidade familiar, representando um progresso em termos de reconhecimento de direitos à mulher na sociedade conjugal.

Ainda durante o regime militar brasileiro, foi criada a Lei 5.473, de 09 de julho de 1968, cuja proposta era proibir a discriminação de sexo na admissão ao serviço público, sem, contudo lograr êxito no intento, ou seja, a discriminação persistiria ainda por muito tempo (COUTINHO, 2004, p. 20).

No início da década de 1970, há intensificação da presença feminina no mercado de trabalho. Na esfera legislativa, o acontecimento marcante se dá através da promulgação da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a chamada Lei do Divórcio. Contudo, foi apenas em meados da década de 1980 que os movimentos feministas brasileiros conseguem ampliar o debate quanto à questão da violência contra o gênero feminino. Em termos de políticas públicas, uma resposta foi dada através do Decreto 23.769, de 06 de agosto de 1985, o qual cria a Delegacia de Defesa da Mulher, cujo objetivo principal é de denúncia e repressão à violência contra a mulher.

Contudo, somente com a Constituição de 1988 se consolidam princípios e garantias de igualdade entre homens e mulheres no artigo 5º, I, e no artigo 226, § 5º, onde são elencados os direitos e os deveres da sociedade conjugal que devem ser exercidos por ambos os nubentes. No mesmo artigo, em seu parágrafo 8º, a Constituição traz prerrogativas de assistência às famílias para coibir a violência no âmbito familiar, concedendo assim, igualdade entre homens e mulheres (COUTINHO, 2004, p. 19-21).

Os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 promoveram uma reformulação do conceito de família. O reconheci-

mento da família monoparental e da união estável possibilitou a expansão do conceito, antes restrito ao casamento como único meio de formação da família. Assim, o conceito moderno de família engloba caracteres culturais e sociais, não ficando mais limitado à ordem biológica.

O requisito principal para a constituição da família moderna é o afeto. Neste sentido, também a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, propiciou uma nova abordagem acerca das relações familiares (art. 5º, II e parágrafo único), reconhecendo assim que as uniões de pessoas do mesmo sexo constituem também entidade familiar, ou seja, as uniões homoafetivas também estão inseridas no conceito de família a partir da Lei Maria da Penha (SOUZA, 2007).

Desse modo, a legislação apenas está se adequando a uma realidade social, que antes não era reconhecida em virtude dos preconceitos preconizados pela sociedade patriarcal.

2 MULHERES, GÊNERO E VIOLÊNCIAS

A prática de violência física com base no gênero é uma sequência do estágio de várias outras formas de violências disseminadas no cotidiano da mulher. Primeiramente, no tocante ao tema, deve-se esclarecer sobre o conceito de gênero, que, a princípio, era uma determinação biológica, agora passa a ser uma marca socio-cultural. Assim,

O conceito de gênero é uma construção sociológica relativamente recente, respondendo à necessidade de diferenciar o sexo biológico de sua tradução social em papéis sociais e expectativas de comportamentos femininos e masculinos, tradução esta demarcada pelas relações de poder entre homens e mulheres vigentes na sociedade. (PITANGUY, 2003, p. 13)

A percepção de gênero indica a construção social pela qual todos os homens e mulheres são conduzidos, e, a partir desta diferença, transforma bebês em homens e mulheres, em cada época e lugar de distintas maneiras (SAFFIOTI, 1992).

As atribuições de cada gênero são absorvidas pelos indivíduos, trazendo a ideia de que existe um universo exclusivamente feminino e outro masculino, onde somente os homens podem atuar. Essa construção da mulher como ser subordinado ou dominado-explorado vai ter a marca da naturalização e do inquestionável, já que, em tese, é dado pela própria natureza. Todos os lugares de aprendizado exercem a função de socialização e vão reforçar preconceitos e estereótipos dos gêneros apoiando-se na determinação biológica (SAFFIOTI, 1992).

Uma das faces visíveis da violência é a violência física exercida através de espancamentos com ou sem objetos, pontapés, tentativas de estrangulamento, e, em casos extremos, a tortura leva à morte. No que se refere à violência física em detrimento da mulher, esta em particular está associada de forma direta com relacionamento pessoal entre homens e mulheres, ou seja, tem íntima referência com a violência doméstica (QUEIROZ, 2001).

Em geral, as mulheres são mais vítimas de seus pais, irmãos, namorados, amantes ou maridos do que propriamente de estranhos. Pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que as mulheres constituem 63% das vítimas de agressões físicas cometidas por parentes no âmbito doméstico (PNAD – IBGE/88).

A violência de gênero ainda é relacionada à violência sexista, pois está baseada no fato de ser mulher, que pode ser ainda mais severa quando adicionados perspectivas étnico-raciais, de classe social e idade, fruto de um sistema de dominação que doutrina a submissão feminina. Contudo, a forma invisível do fenômeno da violência também pode ser a mais cruel, pois a violência psicológica não deixa marcas físicas, as feridas são feitas na autoestima. Caracteriza-se por atos ou omissões no intuito de controlar e degradar emocionalmente a pessoa, através de manipulações, ameaças, coerção ou qualquer outro mecanismo que implique o desenvolvimento do indivíduo (SAFFIOTI, 1992).

No âmbito familiar, as formas de violações e agressões em uma relação de familiaridade ou coabitação são denominadas de violência doméstica ou ainda violência intrafamiliar, sendo prati-

cada por um membro da família que viva com a vítima, envolvendo desde agressões físicas, abusos sexuais, violência psicológica abandono e negligência (SOUZA, 2007, p. 35).

A violência sexual ocorre quando uma pessoa é obrigada a manter relações sexuais com outra ou ainda manter contato físico com terceiros, compelida por meio de ameaças. O abuso sexual apresenta-se como outra forma de violência sexual, contudo, é cometido contra crianças e adolescentes. O abuso sexual, por vezes, se protege no medo e na inocência das vítimas, pois, na maioria das vezes, o violentador é alguém muito próximo à criança ou adolescente, como pai, padrasto, irmãos, tios, avô e vizinhos, fatores que contribuem para manter incógnito o agressor (ARAÚJO, 2002).

Outra violência à qual a mulher está exposta é o assédio sexual, que se configura no ato de coagir a mulher com a finalidade de conseguir proveito ou favorecimento sexual. O assédio sexual é comum no local de trabalho, ainda que possa ocorrer em outras instituições onde há relações de poder entre as pessoas, que levam a mulher a ter medo de ser prejudicada, haja vista a incidência de assédio proceder de pessoa hierarquicamente superior. (PANDJIARJIAN; SCHRITZMEYER; PIMENTEL, 1998).

Nesse contexto, merece atenção a violência institucional representada por formas complexas, (re)produzida nas diversas instituições sociais. É um tipo de violência de difícil comprovação, e ocorre quando a mulher é maltratada em seu ambiente de trabalho, no atendimento em serviços de saúde, nos postos policiais. Este tipo de violência tem origem no preconceito existente na sociedade (LIBARDONI, 2002, p. 91).

As mulheres em situação de violência que acabam por denunciar a agressão, em geral, estão abaladas psicologicamente, com baixa autoestima devido às humilhações. Neste sentido, é necessário enfatizar que o fato de a mulher sofrer violência física no âmbito familiar não a torna apenas vítima da agressão física, mas também de uma série de violências psicológicas e, em alguns casos, também de violência sexual (PIMENTEL; PANDJIARJIAN; BELLOQUE, 2004).

A violência contra a mulher não se reduz às classes populares. No entanto, existe um agravamento em decorrência da situação social; portanto, o desemprego, a fome e a constante falta de recursos contribuem para que a incidência de violência seja mais acentuada. Outro fator determinante é a falta de conhecimento de direitos e a dificuldade de acesso à justiça. Os casos referentes a classes de maior poder aquisitivo contam ainda com o silêncio das vítimas, contribuindo para a inexatidão das estatísticas policiais e jurídicas (SAFFIOTI, 1992).

A violência institucional se reproduz também pela omissão e incapacidade do sistema de controle penal em enfrentá-la. Como bem registra Andrade,

Nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação. (1997, p. 262)

Essa violência impetrada contra o gênero feminino desencadeia um alto custo aos Estados, inclusive impõe redução no desenvolvimento econômico da sociedade se verificados os gastos com saúde, faltas no trabalho e baixa produtividade da mulher nos períodos em que sofre a violência. O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), após pesquisa realizada em seis países, constatou que 5% a 25% do Produto Interno Bruto de cada país são aplicados no tratamento da violência. No Brasil esse percentual é de 10,5%, que acaba sendo utilizado no tratamento da violência e de suas consequências.

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA ÀS MULHERES BRASILEIRAS CONTRA A VIOLÊNCIA

A violência e suas várias formas violações vêm de encontro aos Direitos Humanitários de modo a obstruírem todas as liberdades (física, religiosa, política) sendo incluídos os direitos à

educação, saúde, lazer em suma os direitos econômicos e sociais (VERONESE, 1998).

Quando são abordados os direitos humanos de mulheres, pode-se ter uma equivocada interpretação no sentido de inicialmente se questionar a necessidade de especificar categoria a indivíduos detentores de direitos, uma vez que existe uma gama de direitos e garantias trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e ainda direitos e garantias previstos em tratados e declarações internacionais que deveriam atender à proteção de todos os grupos sociais sem distinção (LIBARDONI, 2002).

De fato, a proteção internacional dos direitos humanos destinava-se de forma genérica a proteger o ser humano de forma abstrata. Porém começou-se a identificar grupos da sociedade que necessitavam de proteção especial devido à discriminação e situação de inferioridade em relação a outros grupos sociais. A partir desta análise de prioridades, no âmbito internacional, paulatinamente avanços foram alcançados no que diz respeito aos direitos humanos das mulheres.

De todas as convenções e tratados dos quais o Brasil é signatário, deve-se dar ênfase à Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ratificada em 1995, sendo essas de grande importância na proteção dos direitos fundamentais. Relevância reconhecida através da Lei 11.340/06 que faz referência às duas Convenções em sua ementa além dos preceitos da Constituição Federal de 1988. Essa referência traz um novo posicionamento da legislação brasileira frente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos (DIAS, 2007).

Esses mecanismos de proteção internacionais podem ser acionados através da comunicação, não mais limitando a pessoa que teve seus direitos humanos violados aos recursos da esfera nacional. Assim, é possível pleitear junto aos órgãos internacionais a responsabilidade dos governos nacionais que deixarem de cumprir com as suas obrigações.

A Lei Maria da Penha, Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, surge em decorrência de condenação do Estado brasileiro pela Organização dos Estados Americanos (OEA), devido à inércia jurídica face a violência doméstica que resultou em duas tentativas de homicídio em 1983, sofridas pela farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, ocasião em que ficou paraplégica.

O relatório da Organização dos Estados Americanos responsabilizou o governo brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando inúmeras medidas a serem adotadas, como agilizar os procedimentos nas vias judiciais a fim de reduzir o tempo processual (DIAS, 2007, p. 14).

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), 30% das mulheres são forçadas a manter suas primeiras relações sexuais; 52% é alvo de assédio sexual; 69% já sofreu algum tipo de agressão física ou sexual. Apesar desses índices elevados, eles sequer condizem com o fato da subnotificação da violência. A violência no âmbito familiar mantém pactos de silêncio, impostos pelo medo, pela vergonha, pela dependência econômica (DIAS, 2007, p. 16-18).

Apesar de a Constituição de 1988 ter trazido uma abertura política e uma gama de direitos fundamentais e sociais, até a elaboração da Lei Maria da Penha poucas foram as medidas que buscaram diminuir a violência doméstica. Entre elas está a Lei 10.455, de 13 de maio de 2002, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 69 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, possibilitando ao magistrado a decretação do afastamento do agressor do lar conjugal em caso de violência doméstica.

A Lei 10.886, de 17 de junho de 2004, incluiu ao artigo 129 do Código Penal o parágrafo 9º, onde aumenta a pena mínima de 3 para 6 meses para lesões leves cometidas no ambiente doméstico por coabitante. Esse tipo de crime, na prática, não era relevante, pois ainda tramitava nos juizados especiais criminais com a aplicação de penas restritivas de direitos, transação penal, concessão de *sursis*.

Segundo Dias (2007), o sistema judiciário, com a justificativa de preservação familiar, absolvía de forma sistemática os casos até ele levados, fato que colaborou durante muito tempo com a prevalência da impunidade da violência contra mulher no ambiente doméstico.

A Lei Maria da Penha tem por objetivo proteger a mulher vítima da doméstica e familiar. Contudo seu alcance não se pauta apenas nas agressões ocorridas dentro do espaço físico do lar, desde que o agressor(a) seja pessoa com a qual esteja ou tenha tido convivência marital ou de afetividade: irmão, cunhado, pai, filho ou companheira, ou ainda pessoa com a qual conviva no âmbito doméstico e familiar independentemente de parentesco, abrangendo assim agregados esporádicos.

No polo ativo (sujeito ativo), a Lei não traz restrições em relação a quem seja o agressor, sendo que a violência pode ser articulada por ambos os sexos, portanto, é aceitável a denúncia de violência doméstica ocorrida entre duas mulheres; no entanto, no polo passivo, há uma peculiaridade, pois esse será exclusivo do gênero feminino, a mulher e pessoas que mantenham identidade feminina (transexuais e lésbicas). Ressalvada a questão referente aos deficientes físicos, estabelecida no Código Penal (art. 129, § 11), a Lei Maria da Penha prevê que, independentemente de sexo, quando a vítima de violência doméstica for deficiente, a pena para o agressor é dilatada. Outros grupos (do sexo masculino) vítimas da violência intrafamiliar não foram incluídos nessa Lei, tendo em vista a existência de legislação própria, tais como o Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

No que se refere à constitucionalidade da Lei Maria da Penha, para se ter em plenitude os preceitos de igualdade e dignidade da pessoa humana elencados na Constituição Federal de 1988, se fez necessário tratar com desigualdade os gêneros, pois a maciça incidência de discriminações e violência em face do gênero feminino tornou urgente a formulação de políticas e ações afirmativas no sentido de prevenir e coibir a prática da violação de direitos fundamentais das mulheres. Assim, utilizando a égide aplicada na le-

gislação social em favor do trabalhador na Consolidação das Leis do Trabalho e ainda no Código do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, a Lei Maria da Penha vem na verdade dotar a mulher de especial proteção no intuito de equiparar e proporcionar a essas condições reais de igualdade frente ao gênero masculino (SOUZA, 2007, p. 37-39).

Corroborando o pensamento de Bastos, vale transcrever o seu entendimento:

Só quem não quer não enxerga a legitimidade de tal ação afirmativa que, nada obstante formalmente aparentar ofensa ao princípio da igualdade de gênero, em essência busca restabelecer a igualdade entre esses gêneros, nada tendo, deste modo, de inconstitucional. (2006, p. 7)

Algumas críticas são suscitadas quanto à maneira como foi redigido o conceito de violência doméstica e suas formas na Lei Maria da Penha. Há doutrinadores que entendem que o conceito legal ficou aberto, de modo que, aderindo a uma interpretação literal, qualquer tipo de crime cometido contra a mulher poderia ser inserido na referida Lei. Segundo Coutinho, não prospera o argumento levantado por alguns autores, pois a abrangência físico-espacial da Lei Maria da Penha está definido no artigo 5º, I.

Em consonância, Nucci esclarece:

A mulher a agredida no âmbito da unidade doméstica deve fazer parte dessa relação doméstica. Não seria lógico que qualquer mulher, bastando estar na casa de alguém, onde há relação doméstica entre terceiros, se agredida fosse, gerasse a aplicação da agravante trazida pela Lei Maria da Penha. (2006, p 32)

No entanto, quando a Lei Federal atribuiu às Varas Criminais a competência transitória para o processo e julgamento dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, dispôs sobre competência de juízo, ultrapassando delimitação de competência, que, por sua vez, é privativa dos Estados em matéria de organização

judiciária, ressalvada pelo artigo 125, § 1º, da Constituição Federal. Não pode a lei federal definir competência de juízo, É prerrogativa de cada Estado atender à necessidade de demanda dos órgãos jurisdicionais dos entes federativos em suas diversas Comarcas. Inconstitucional, deste modo, o artigo 33 da Lei “Maria da Penha”. Já os Estados têm respaldo legal para atribuir aos Juizados Especiais Criminais competência para processar e julgar crimes de violência doméstica e intrafamiliar contra mulher, contudo ainda assim será impedido de aplicar os institutos despenalizadores da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, cabendo outras medidas restritivas de direitos. Entendimento em consonância com artigo 41 da Lei Maria da Penha.

Contudo, enquanto não são criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar (JVDFMs) previstos no artigo 14 da Lei Maria da Penha, a competência fica a cargo das varas criminais. As questões cíveis da vítima ainda podem ser dirimidas pelos juízes de família, com a possibilidade de concessão de medidas protetivas garantidas pelos artigos 22 e 24 da lei supracitada.

4.1 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/06, no propósito de garantir à mulher o direito a uma vida sem violência, trouxe inúmeras medidas protetivas previstas nos artigos 22 e 24 e fez uma extensão ao longo dos demais artigos, buscando coibir o agressor de forma eficaz para evitar riscos à integridade da vítima e dos filhos, quando houver, além de proteção ao patrimônio da vítima.

Para tanto, prevê a mobilização da polícia, do juiz e do Ministério Público, de modo que cabe à autoridade policial o dever de tomar as providências preliminares adequadas (art. 10) assim que informada do fato tipificado como violência doméstica, e igualmente o Ministério Público tem a obrigação de intervir para garantir a proteção e promover a revisão ou aplicação de medidas (art. 18, III, art. 19, § 3º). O juiz, de igual forma, também está inserido

nesse contexto, porém, para interagir em favor da mulher em situação de violência, deve ser provocado.

Cabe à vítima manifestar o desejo de tutela antecipada. Somente dessa forma poderá o Judiciário conceder as medidas necessárias de urgência. Ao magistrado é concedido ainda determinar, entre outras providências, auxílio de força policial (art. 22, § 3º) ou decretação de prisão preventiva (art. 20) se assim entender oportuno para proteção da agredida.

As medidas protetivas de urgência estão previstas no artigo 23 da Lei Maria da Penha, entre as quais encontra-se o encaminhamento da vítima a programa de atendimento e de proteção (art. 23, I), pelo juiz ou pela autoridade policial (art. 11, III); de igual maneira, o Ministério Público pode atuar solicitando o recolhimento da ofendida.

Todas as demais medidas (afastamento do agressor do domicílio comum), de acordo com o artigo 888, VI, do Código de Processo Civil, são concedidas por meio do processo cautelar, através do requerimento da vítima nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM).

Contudo, enquanto não se tem o funcionamento desses Juizados, esse tipo de ação é de competência do Juízo Cível, salvo se solicitado no momento da denúncia à autoridade policial (art. 12, III), que encaminhará ao juiz o pedido, dispensando assim a presença de procurador para a vítima requerer a medida cautelar junto ao Juízo (DIAS, 2007, p. 84).

A Lei Maria da Penha trouxe mais uma inovação: além dos conceitos tradicionalmente incluídos como violência física, violência sexual e violência psicológica, reconhece também a violência patrimonial e moral. Isso representa dizer que, caracterizado o ato de subtrair objetos da mulher, ou seja, o delito de furto, ou o crime de apropriação indébita e delito de dano, se o acusado for companheiro ou alguém com quem a vítima mantém relacionamento afetivo, além de essas condutas constituírem crime e estarem tipificadas no Código Penal brasileiro, se praticadas no ambiente familiar contra a mulher ocorrerá o agravamento da pena previsto no Código Penal no artigo 61, II, f.

De mesmo modo, a violência moral (inserida no art. 7º, V), cometida contra a mulher que se enquadre dentro dos requisitos de aplicabilidade da Lei Maria da Penha, recebe tratamento diferenciado.

Os delitos de injúria, calúnia e difamação, quando reconhecidos como violência doméstica, estarão sujeitos ao agravamento de pena previsto no Código Penal brasileiro (CUNHA, 2007, p. 38).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história comprova as transições pela quais as mulheres passaram ao longo da consolidação das sociedades, a educação e tratamento diferenciado, a divisão da vida pública e a vida privada, a inserção no setor produtivo, sendo explorada, mal remunerada em relação à mão de obra masculina. Além das discriminações de etnia e de gênero, como se o simples fato de ser mulher já justificasse o tratamento displicente. Não obstante as inúmeras formas de violações de direitos aplicadas ao gênero feminino, muitas mulheres ainda hoje, após tantas conquistas árduas dentro de uma sociedade patriarcal, têm que se confrontar com o tratamento degradante e violento de seus companheiros. Em virtude dessas situações, a Lei Maria da Penha vem trazer esperança para essas tantas mulheres. Sabe-se que somente a adoção de legislação com medidas de punição ao agressor não é suficiente para coibir e erradicar de vez os casos de violência doméstica.

Contudo, pode-se dizer que a Lei Maria da Penha deu o primeiro passo para auxiliar na diminuição gradativa da violência familiar. É claro que a mobilização da sociedade e a promoção de políticas públicas de atendimento nos mais variados setores (jurídico, saúde, educação) trarão resultados positivos, embora saiba-se que a questão da violência doméstica está inserida de forma cultural, sendo, portanto, necessária a tomada de ações em todos os setores da sociedade, buscando acabar com a reprodução de estereótipos e a disseminação da discriminação de gênero.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1133, 8 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 03 de dez. 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família*: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em: <<http://www.pontog.org/isaac/v1/wp-content/uploads/reconfamilia.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARAUJO, Maria de Fátima. Violência e abuso sexual na família. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 7, n. 2, p. 3-11, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd26/v7n2a02.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2008.

BANCO Interamericano de Desenvolvimento. Disponível em: <www.iadb.org/news/articledetail.cfm?language=Portuguese&ARTID=355>. Acesso em: 20 set. 2008.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei “Maria da Penha”: alguns comentários. *Seleções Jurídicas*, ADV Advocacia Dinâmica, n. 37, p. 1-9, dez. 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 1988.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*: IBGE, 1988.

CLADEM/Brasil, sobre o caso 12.051 Maria da Penha vs. Brasil. *Informe 54/2001*, CIDH/OEA. Disponível em: <<http://www.oas.org/cidh>>. Acesso em: 08 set. 2008.

CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. *Caderno Themis Gênero e Direito*, ano 1, n. 1, mar. 2000.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. *Direitos da Filha e Direitos Fundamentais da Mulher*. Curitiba: Juruá, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. Curitiba: Juruá, 2007.

DEL PRIORE, Mary. *História das Mulheres no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 1997.

DELGADO, José Augusto. *O Estatuto da Mulher casada*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16157/1/Estatuto_Mulher_Casada.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2008.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras. (Malleus Maleficarum)* Prefácio, MURARO, Rose Marie. 18. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2005.

LEVINE, R. *O regime Vargas: anos críticos 1934-1938*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

LIBARDONI, Marlene. *Direitos humanos das mulheres: em outras palavras – subsídios para capacitação legal de mulheres e organizações*. Brasília: Agende, 2002.

LOBO, Elisabeth Souza. *O gênero da representação: movimento de mulheres e representação política no Brasil (1980-1990)*. Apresentado em 07.02.1991 no Colloque International “Mouvements sociaux et représentation politique – Brésil/Quebec”.

MURARO, Rose Marie. *A mulher na construção do futuro*. Rio de Janeiro: Zit, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PANDJIARJIAN, Valéria; PIMENTEL, Silvia; SCHIRITZMEYER, Ana Lucia Pastore. Estupro: Direitos Humanos, Gênero e Justiça. Dossiê Direitos Humanos no Limiar do Século XXI, *Revista USP*, São Paulo, n. 37, p. 58-69, mar./maio, 1998. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp>>. Acesso em: 29 nov. 2006.

PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. *Legítima defesa da honra – ilegítima impunidade de assassinos*. Um estudo crítico da legislação e jurisprudência na América Latina. CLADEM Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher. São Paulo, 2004. Disponível em: <www.cladem.org>. Acesso em: 22 nov. 2006.

PITANGUY, Jaqueline; PENA, Maria Valéria Junho. *A questão de gênero no Brasil*. Rio de Janeiro: Banco Mundial, 2003.

QUEIROZ, Fernanda Marques. *Gênero e exclusão social*. Textos para Discussão, n. 113. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001.

SAFFIOTI, Heleith, I. B. Rearticulando gênero e classe social. In: COSTA, A. O.; BRUSCHINI, C. (Orgs.). *Uma Questão de gênero*. São Paulo: Rosa dos Tempos, 1992.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher*. Curitiba: Juruá, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry, *Entre violentados e violentadores*. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

EXCLUSÃO ECONÔMICA E SUJEITOS DESCARTÁVEIS: NOVAS CONFIGURAÇÕES DA VIOLÊNCIA ENQUANTO AS MELANCIAS SE ACOMODAM

Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho

Doutor em Direito pela PUC/RJ, Mestre em Direito pela UFSC,
professor do Curso de Direito da Unesc, advogado..

Sandro Griza

Mestre em Economia, professor dos
Cursos de Economia e Direito da Unesc.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A atual crise financeira, assim denominada pelos diversos meios de comunicação, está a demonstrar que, na verdade, o problema está situado na reprodução do capital. É possível, portanto, não estar havendo demanda suficiente à reprodução do capital, necessitando-se, pois, do que se convencionou chamar de financiamento público da economia capitalista baseado, originalmente, nas políticas anticíclicas de teorização keynesiana ou da destruição propriamente dita da riqueza.

Portanto, o objetivo deste artigo é tentar estabelecer a relação entre a atual crise econômica e a contemporânea condição do sujeito excluído, ou seja, verificar a possibilidade de a atual crise econô-

mica estar influenciando a subjetivação das condutas e produzindo exclusão social.

2 REFLEXÕES SOBRE A CRISE

Eventos que comprometem de algum modo a organização social e, por sua vez, a própria reprodução de determinada formação social são fenômenos recorrentes ao longo da história humana. Contudo, as situações de crise econômica tais como as que vivenciamos são fenômenos peculiares à sociedade moderna. A rigor, as crises do período pré-capitalista nem mesmo devem ser consideradas como crises econômicas propriamente ditas, já que esses eventos se originavam de condições externas à própria sociedade, tais como catástrofes naturais, guerras, pestes etc. Seriam fenômenos “presos” à natureza imediata.

Na modernidade, por sua vez, as crises revelam uma determinação peculiar, cuja compreensão teórica requer o desenvolvimento da própria sociedade capitalista. Os melhores representantes da economia política clássica nem sequer teorizaram devidamente o problema das crises. Contudo, o desenvolvimento da sociedade capitalista na segunda metade do século XIX colocou, na prática, para a sociedade, o problema das crises, de modo que foi o momento por excelência das reflexões sobre esta questão.

É importante determinar, portanto, quais as condições que permitiram, à segunda metade do século XIX, apreender os elementos determinantes das crises econômicas.

Por um lado, a grande indústria completa a separação entre propriedade e o trabalho. O proprietário capitalista atua em funções de superintendência, como diretor-proprietário e, por isso, desconhece o processo produtivo direto propriamente dito, tampouco controla diretamente ou indiretamente estas atividades, que são realizadas pelos setores médios ascendentes, gerenciais por assim dizer. O proprietário ainda administra essas atividades como totalidade, cobrando e analisando os resultados gerais, vinculando-se propriamente à expansão da riqueza, tornando-se, pois, capi-

talista por excelência. Nestas condições empíricas fornecidas pela grande indústria, o capital revelar-se-á propriamente uma relação social, uma relação entre homens em determinadas condições e, portanto, uma relação homem-homem, e não uma relação homem natureza (MARX, 1978).

Por outro lado, o trabalho passado (máquina) se apresenta como pressuposto da produção da riqueza burguesa. Isto é, a produção se emancipa das mãos humanas e a produção social se estrutura em torno das máquinas. Assim, a forma, a intensidade, a extensão do trabalho, bem como a cooperação entre os trabalhadores, etc., são determinadas *externamente* pelo ritmo, dimensão e forma da máquina-ferramenta e do sistema de máquinas, de modo que o trabalho moderno revelar-se-á empiricamente como abstrato, como desprendimento de energia física e mental para expandir a propriedade alheia (MARX, 1996).

Os produtores diretos concentrados nessas grandes indústrias – o trabalhador ativo propriamente dito – produzem assim, por um lado, a expansão da propriedade alheia e, por outro, a sua condição de não proprietário. O produto do trabalho explicita-se não apenas como produção de mercadorias, de mais-valia, mas também como a produção da reprodução das relações de produção modernas, capitalistas de um lado, trabalhadores de outro, e, ao mesmo tempo, a produção da negação destas relações especificamente burguesas (MARX, Capítulo VI, inédito), ou seja, a impossibilidade da vivência humana dentro destas formas modernas: capitalistas e trabalhadores, lucros e salários respectivamente. Eis aí o aspecto mais fundamental da reprodução da sociedade moderna apreendida por Karl Marx no século XIX.

Assim, é fundamental questionar: a trajetória do desenvolvimento capitalista no século XX permitiu vislumbrar modos “alternativos” de existência no interior das formas de vivência dominantes (salário e lucro) na sociedade moderna? Seria possível encontrar formas de vivência para além das categorias privadas “salário” e “lucro”? Há como superar o paroxismo do capital através das mediações com o Estado?

O século XX propôs, *grosso modo*, três soluções. Duas delas se situam entre as décadas de 20 e 50, e uma no final do século XX. Assim teríamos (i) a via revolucionária na União Soviética da década de 20, (ii) a via conservadora na década de 40 na Europa ocidental (Keynes) e, finalmente, a via reacionária após a década de 70 na Europa ocidental (Hayek e Friedman)¹.

Procuraremos, portanto, na medida em que as soluções propostas por Keynes e Hayek-Friedman transcenderam o campo da teoria econômica e efetivamente se converteram em fundamentos para a política econômica nos países capitalistas ocidentais, analisar suas contribuições para as questões formuladas. Antes, porém, precisamos compreender a contribuição dos clássicos no que diz respeito aos fundamentos que organizam os homens modernos em sociedade.

A ciência econômica nasce por assim dizer com a compreensão do trabalho como elemento fundamental da riqueza e também com o reconhecimento da superioridade do processo de produção coletivo. Smith dedica o primeiro capítulo da sua obra “A Riqueza das Nações” à divisão do trabalho e, por sua vez, à riqueza social que ela é capaz de produzir. Smith, entretanto, não será capaz de derivar deste ponto de partida uma investigação que revelaria o caráter fundamentalmente social da existência humana em geral e da sociedade moderna em particular: todas as vantagens produtivas da divisão do trabalho foram apenas derivadas da potencialização da capacidade de trabalho individual (melhoria da destreza, habilidade, invenções etc.). Neste caso, Smith não compreende que no e pelo processo produtivo manufatureiro – cujo princípio é a divisão do trabalho, processo tal que põe os homens em processo de cooperação – se constitui um ser não natural que é mais do que a soma das partes e que supera as limitações individuais: um ser social emancipado da natureza imediata (MARX, 1996).

Deste modo, a sociedade moderna, para Smith, não é compreendida em sua natureza peculiar como a forma social que põe o ser

¹ Utilizo essas expressões sem o peso ideológico que elas adquiriram ao longo do século XX. A via reacionária, por exemplo, remete tão somente ao conteúdo de retorno às formas de inserção social exclusivamente privadas.

social como pressuposto do processo de produção da existência, mas, sim, como formação social cuja coesão entre os indivíduos se estabelece quando eles compram e vendem trabalho, no mercado. Smith entende que sociabilidade humana se estrutura em torno dos indivíduos como proprietários privados, que travam relações de troca e, por sua vez, cooperam voluntariamente, movidos apenas por seus interesses individuais. Assim, o mercado, o lócus das compras e vendas, seria o espaço por excelência da sociabilidade dos indivíduos, o local onde naturalmente o interesse individual se efetiva e harmoniza com o bem-estar coletivo.

Qual é o papel que terá o processo produtivo manufatureiro na coesão social moderna para Smith? Ora, na medida em que a divisão do trabalho potencializa as forças produtivas do trabalho, cada indivíduo produzirá para além das suas necessidades imediatas, produzirá, portanto, um excedente que será destinado à troca. Desse modo, o desenvolvimento das forças produtivas aparece harmonizado com a sociabilidade dos indivíduos como proprietários privados.

Ao desenvolverem-se as forças produtivas, todos os indivíduos comercializam em maior extensão, situando-se na sociedade como sujeitos mercantis, homens que vivem como proprietários privados. Lucros e salários aparecem assim como categorias que remuneram os indivíduos na condição de compradores de trabalho e vendedores de trabalho, respectivamente. Portanto, sujeitos livres e iguais e movidos pelos seus interesses e desejos.

Nesta argumentação, as crises não existem e, por isso, tampouco são vistas como momentos também reveladores da natureza da sociedade moderna.

A tradição clássica pós-Smith preservará esse caráter harmonioso entre o desenvolvimento das forças e a sociabilidade dos indivíduos como proprietários privados. David Ricardo só o abandonará em 1823, quando reavaliou suas conclusões sobre a introdução da máquina para a classe trabalhadora. Ricardo será o primeiro autor a suspeitar que o desenvolvimento das forças produtivas não produz efeitos benéficos para todos, mas sim apenas para os capitalistas, de modo que parte da classe dos trabalhadores ficaria excluída na medida em que cresce a riqueza social.

Contudo, D. Ricardo radicalizou ainda mais o legado smithiano no que diz respeito às formas de existência social que seriam compatíveis com o desenvolvimento das forças produtivas e, por sua vez, da riqueza social.

Na formulação ricardiana, a produção da riqueza tem origem num processo produtivo que “combina” o trabalho passado (máquinas) e o trabalho presente, de modo que são funcionais apenas as classes partícipes deste processo: os capitalistas e os trabalhadores. Os primeiros porque pouparam trabalho e por isso acumularam, logo, têm o direito “natural” ao lucro; os segundos porque trabalham e têm direito “natural” ao salário. Observa-se aqui que D. Ricardo argumenta que o direito à participação no produto social remete às remunerações lucro e salário, ambas circunscritas aos indivíduos como proprietários privados de fatores produtivos, capital e trabalho, respectivamente. Os demais grupos sociais viveriam apropriando-se da riqueza, sem contribuir para a sua produção, como os proprietários de terra. A formulação de D. Ricardo demonstra assim que a renda oriunda da propriedade da terra não encontra sua fonte numa ação humana produtiva, mas, sim, nos graus diferenciais de fertilidade natural do fator produtivo da terra (natureza), cuja propriedade monopolizada pelos senhores de terra é uma herança feudal, um resquício da velha sociedade aristocrática ociosa que permanece existindo na nova sociedade. Logo, os proprietários de terra deveriam desaparecer, na medida em que não participariam funcionalmente da produção social.

Assim, a economia clássica situa os direitos à sociabilidade exclusivamente dos indivíduos nas condições de vendedores e compradores de trabalho, ou ainda, proprietários privados dos “fatores produtivos” (trabalho passado e trabalho presente, lucro e salário, respectivamente).

Marx (1996) indica que a Economia Política clássica é de fato a consciência teórica da sociedade burguesa e que sua linguagem “nua e crua” no que diz respeito à sociabilidade dos homens modernos revela corretamente a forma das relações sociais desta sociedade. Contudo, em Marx (1996), tal sociedade é contraditória,

na medida em que, ao produzir a existência como capital, produz e reproduz a impossibilidade da sociabilidade burguesa. As crises seriam assim momentos de explicitação desta contradição e seriam assim inerentes a essa formação social.

Keynes tem diante de si uma situação por ele mesmo caracterizada de paradoxo da pobreza em meio à riqueza social. De imediato, nota-se que o “problema” keynesiano é estranho às formulações clássicas, que, como vimos, não conseguem reconhecer as crises como momentos possíveis. Daí o caráter anticlássico das formulações de Keynes. As crises seriam, sim, uma possibilidade das economias de mercado. O mercado poderia conviver com desequilíbrios entre a oferta agregada e a demanda agregada. E mais: a natureza privada das decisões dos agentes tende a produzir instabilidades sistêmicas.

Em linhas gerais, a formulação keynesiana é bem conhecida, e não cabe aqui reproduzi-la em detalhes, já que se distanciaria dos nossos objetivos. Entretanto, destaca-se que, em Keynes, as crises capitalistas resultam da insuficiência de demanda agregada, e que tal insuficiência é uma possibilidade por que os agentes privados tomam decisões no que diz respeito à alocação de seus ativos em um ambiente caracterizado pela incerteza frente ao futuro. Assim, os agentes decidem, portanto, alocar sua riqueza privada ou na forma de investimentos produtivos ou na forma líquida (dinheiro) com bases apenas em expectativas diante do futuro. Deduz-se, assim, que, em Keynes, há um aspecto psicológico inerente às decisões privadas que seria capaz não apenas de provocar crises, como também, e, sobretudo, prolongá-las.

De fato, diante das crises, argumenta Keynes, os agentes privados são dominados pelas expectativas negativas, de modo que suas decisões de investimento se convertem numa opção pela liquidez (dinheiro), prolongando, assim, a situação de penúria social. Assim, numa situação de liberdade plena, de livre mercado por assim dizer, o lucro por si mesmo não garantiria que decisões dos capitalistas se convertessem em aumento da riqueza social, já que tal decisão envolveria a opção pela forma não fixa da riqueza, ou seja, a forma “improdutiva” da riqueza, o dinheiro.

Keynes sugere que o Estado deve atuar como um ente racional frente à irracionalidade que as decisões privadas supostamente podem assumir. Assim, o Estado aparece como entidade com função econômica propriamente dita, na medida em que é um elemento capaz de estabilizar os ciclos e criar ambientes que sinalizam aos agentes privados expectativas positivas de lucro, de modo a estimular o investimento (o gasto destinado ao aumento da capacidade produtiva social) que é um item fundamental da dinâmica econômica, na medida em que é parcela principal da demanda global de uma comunidade.

Por outro lado, os salários da maioria das pessoas – que são as rendas destinadas ao consumo propriamente dito – na situação de concentração de riqueza e renda que caracteriza as sociedades liberais, são um item importante, mas menor no que diz respeito ao consumo total da comunidade, logo, da dinâmica econômica, ou seja, em Keynes, sem que haja investimentos propriamente ditos, o volume de consumo proveniente dos salários diretos não é suficiente para equilibrar a oferta total com a demanda total da comunidade.

No entanto, o consumo associado a tal item poderá ser potencializado i) de modo a reduzir a insuficiência de demanda a partir de uma política de distribuição de renda e ii) uma estrutura de oferta de bens coletivos, na forma de salários indiretos, como, por exemplo, saúde pública universal, ou educação pública universal etc.

Deduz-se assim que a sociabilidade e, por sua vez, a reprodução social nas condições capitalistas requerem, em Keynes, uma determinada subordinação das categorias privadas “lucro” e “salário” a um ente coletivo, o Estado. “Lucro” e “salários” como categorias privadas por si mesmas não seriam capazes de estruturar socialmente as economias industriais liberais. Situa-se aí o caráter propriamente liberal anticlássico de Keynes.

A “solução” keynesiana se tornou hegemônica nas economias ocidentais, como se sabe, contudo, foi alvo também de reações. A mais importante delas foi formulada por Hayek já na década de 40. Em linhas gerais, Hayek argumenta que a dimensão social da divisão do trabalho moderna se constitui como um conjunto tão imenso e

descentralizado de decisões, que a compreensão, ou o entendimento, deste complexo seria impossível aos indivíduos ou aos órgãos estatais, dadas as suas limitações como seres pensantes. Assim, as decisões de natureza centralizada e interventora carregariam necessariamente “parcialidades” incompatíveis com a democracia.

Assim como Keynes, filosófica e politicamente, via na intervenção estatal a forma de resguardar as instituições liberais, Hayek em “O Caminho da Servidão”, por outro lado, entendia que a centralização estatal seria um risco por excelência às instituições liberais. Desse modo, Hayek se posiciona teoricamente como defensor da liberdade plena das decisões individuais, as quais determinam o destino da sociedade, e devem partir do pressuposto das limitações dos indivíduos frente ao complexo social. Consequentemente, as formas privadas de sociabilidade, os lucros e salários, precisam ser resguardados como as únicas formas compatíveis com a liberdade. O Estado, portanto, tem uma função fundamental que não existe por assim dizer para os economistas clássicos: proteger o mercado.

Dos anos 70 até o final do século XX, o pêndulo da política econômica se deslocou para liberalismo em sua vertente moderna (Hayek e Friedman). Reafirma-se ao longo desse período a inevitabilidade da sociabilidade exclusivamente privada: as rendas diretas caracterizadas pelos lucros e salários. Qualquer forma de sociabilidade para além destas formas privadas produziria resultados negativos e indesejáveis no longo prazo. Neste aspecto, mas apenas neste aspecto, o neoliberalismo é uma volta ao passado. Entretanto, há um aspecto que o diferencia do passado e marca sua diferença específica: o Estado tem uma função ativa fundamental, que é promover, garantir, preservar o mercado e, por sua vez, a sociabilidade exclusivamente privada.

O século XXI nos sugere um novo movimento pendular. Em recente artigo publicado, Noan Chomsky (2008) traz importante consideração alicerçada em dados de pesquisa. Segundo ele, o discurso e as políticas econômicas liberais recentes do liberalismo, especialmente na atividade financeira ao longo dos últimos 30 anos e também nas políticas de liberar os mercados o máximo possível da

regulação do Estado, contribuíram para a frequência e a profundidade das crises econômicas recentes, de modo que atualmente podemos estar perto da pior crise desde a grande depressão. Porém, algumas evidências práticas parecem revelar um mundo subterrâneo não apreendido pelo discurso liberal. Um estudo de dois pesquisadores em economia internacional, citado por Chomsky, revela que, nos últimos 15 anos, pelo menos vinte empresas entre as cem maiores, segundo o *ranking* da revista Fortune, estariam falidas se não houvesse sido socorridas por seus governos federais. Aponta também, nessa pesquisa, que as oitenta outras empresas tiveram substanciais ajudas, especialmente “socializando os prejuízos”.

É dentro desta linha de argumentação que as reflexões recentes de Francisco de Oliveira (1998, p. 20-23) ganham relevância. Para ele, a formação do sistema capitalista contemporâneo é impensável sem a utilização do padrão de financiamento público do chamado Estado providência (com o conseqüente aumento do déficit público dos países industrializados), funcionando quase como uma acumulação primitiva, criando-se uma esfera pública institucionalmente regulada, revelando que a presença dos fundos públicos na reprodução da força de trabalho e dos gastos sociais públicos gerais é estrutural ao capitalismo e, até certo ponto, insubstituível. Meszáros (2003, p. 29) chega a afirmar que, “apesar de todos os protestos em contrário, combinados com fantasias neoliberais relativas ao ‘recoo das fronteiras do Estado’, o sistema do capital não sobreviveria uma única semana sem o forte apoio que recebe do Estado”, lembrando que o século XX foi pródigo no reaparecimento daquilo que Marx chamou de “ajuda externa”, desde políticas agrícolas comuns e de garantias de exportação até os imensos fundos de pesquisa e do complexo industrial-militar.

Embora sem uma resposta conclusiva às questões formuladas, nos parece correto afirmar que a sociedade atual ainda não tem formulado soluções propriamente transformadoras e para além das formas modernas de sociabilidade. E, embora os homens do século XXI não caibam mais dentro das suas armaduras de homens privados, a realidade tem nos mostrado que também não conseguimos como sociedade emancipar os sujeitos destas mesmas armaduras,

de modo que para além das formas lucro e salário resta ao que parece apenas a exclusão.

É possível perceber, através da leitura de Keynes, que o nível de emprego numa economia capitalista depende da demanda efetiva, ou seja, da proporção da renda que é gasta em consumo e investimento. Fundamentalmente, o desemprego é resultado, para Keynes, de uma demanda insuficiente de bens e serviços e que somente será resolvido por meio de investimentos, pois “o nível de equilíbrio do emprego, isto é, o nível em que nada incita os empresários em conjunto a aumentar ou reduzir o emprego, dependerá do montante do investimento corrente” e este dependerá do “incentivo para investir, o qual, como se verificará, depende da relação entre a escala da eficiência marginal do capital e o complexo das taxas de juros que incidem sobre os empréstimos de prazos e riscos diversos” (1992, p. 40).

Qual a importância da análise keynesiana? Conforme explica Sandroni (2005, p. 456), os investimentos, como fator dinâmico da economia, são os responsáveis pela solução do problema do desemprego e capazes de influenciar a demanda e, mais importante, é que esta análise permite verificar a necessidade da intervenção do governo para a economia atingir seu nível de equilíbrio, isto porque pode a economia equilibrar-se e, ao mesmo tempo, estar com uma alta taxa de desemprego caso não haja intervenção governamental com políticas adequadas que sustentem a demanda efetiva, mantendo altos níveis de renda e emprego, de modo que, a cada elevação de renda, o consumo e o investimento também cresçam.

Esse tipo de postura ocorre a partir dos anos 1930, momento que marca o início do intervencionismo do Estado e a implementação das políticas anticíclicas de teorização keynesianas as quais conseguem reverter a situação de crise, pelo menos temporariamente, especialmente nos anos após a Segunda Guerra Mundial, constituindo-se, portanto, no financiamento público da economia capitalista.

Este financiamento público passou a ser o pressuposto dos processos de acumulação de capital e da reprodução da força de trabalho, a fim de que a reprodução do capital se realizasse por

meio da circulação de mercadorias, financiada através da redistribuição da massa de mais-valia e salários arrecadados via tributos pelo Estado, ou seja, em função do crescimento do salário indireto (seguro desemprego, salário família, previdência social, entre outros), transformou-se em liberação do salário direto ou da renda da família para alimentar o consumo de massa, induzindo à produção e a um novo ciclo de expansão, impedindo o surgimento de uma crise (OLIVEIRA, 1998, p. 22).

3 AS CONSEQUÊNCIAS DA CRISE: EXCESSO E CONTROLE

A partir do início dos anos de 1970, há uma diminuição da quantidade de força de trabalho necessária ao processo produtivo, prioritariamente pelo desenvolvimento das novas tecnologias requerido pela estrutura de produção capitalista que procurava mecanismos alternativos em função das constantes e cada vez maiores reivindicações dos trabalhadores assalariados, buscando-se, pois, uma maior valorização do capital, ou seja, não ampliar a produção, mas tão somente modificá-la, proporcionando, já na década de 1980, uma crescente destruição dos postos de trabalho vivo.

O crescente distanciamento e desigualdades entre pobres e ricos, o aumento em escalas cada vez maiores do número de pessoas que vivem abaixo da linha da miséria deve ser analisado a partir da crítica aos resultados apresentados pela liberalização e financeiraização do capitalismo pós-fordista, isto porque o parque fabril fordista é gradativamente substituído por um maquinário de alta tecnologia e de alta produtividade, necessitando de menos trabalhadores com uma produção maior. Ainda que possamos identificar no pós-fordismo a emancipação da rigidez fordista, tanto em relação ao processo produtivo, que gradativamente é superado por processos flexíveis através da incorporação da alta tecnologia, como também nas relações “contratuais” coletivas (sindicais, por exemplo), uma vez que, de certa forma, houve ganhos ao indivíduo trabalhador ao libertá-lo das jornadas fixas e rotineiras características do “acordo fordista”, outro não foi o resultado senão um enorme e crescente aumento de grandes parcelas da população em situação

pouco confortável – desempregados ou subempregados – permitindo, então, que a relação existente no núcleo do próprio sistema produtivo fosse flexibilizada, tornando-as cada vez mais precárias, permitindo o desaparecimento de direitos conquistados via longas e dolorosas lutas sociais².

A produção pós-fordista conseguiu em pouco tempo transformar o trabalho regulamentado, constante, estável, no qual o trabalhador era legitimamente possuidor de direitos, em uma situação de difícil definição, mas substancialmente caracterizada pelo desespero de não se ter o que fazer e, nesta situação, submetendo-se a qualquer condição laboral – seja ela precária, fragmentada, servil – que se lhe oferecesse.

É este o sentido que se quer demonstrar à nova configuração da relação entre capital e trabalho, isto é, a exclusão dos indivíduos do mercado de trabalho corresponde, no mesmo sentido e ao mesmo tempo, à total exclusão dos direitos sociais, à banalização da relação do indivíduo com o Estado, permitindo, todavia, estabelecer, na contramão da história, a trágica situação de milhares de pessoas sem qualquer expectativa de vida, isto porque a dinâmica da situação está permitindo aprofundar o déficit social em razão direta à inadequação dos instrumentos políticos institucionais.

A consequência mais marcante é a forma como foi alterada a relação social entre capital e força de trabalho, isto porque aquela

² Vale lembrar, contudo, que, apesar de o fordismo ter representado um modo amplo de reorganização sistêmica universal (como diriam David Ricardo e Marx), ele jamais foi homogêneo, bastando verificar a periferia do sistema – pense-se no caso brasileiro – e sua singular dinâmica, na qual os acordos corporativos não atingem mais do que uma parcela da classe trabalhadora, bem como há uma simbiose entre velhas e novas tecnologias dentro do mesmo processo produtivo, naturalmente associada a níveis salariais mais baixos que limitam o uso lucrativo de tecnologias de ponta, mesmo porque há aqueles, e são muitos, que sempre estiveram à margem desta suposta “estabilidade” (por isso se falar em fordismo periférico). É possível observar hoje que a velha “sorte da classe trabalhadora” está diretamente relacionada com os “acordos” corporativos de lá, e, claro, sua não “precarização”, que se articulam e se sustentam na ‘precariedade’ daqui. (nota de rodapé elaborada a partir de discussões realizadas durante as aulas de “Economia Política”, na Unesc, ministradas pelo Prof. Msc. Sandro Grisa).

força de trabalho do período fordista que necessitava disciplina e controle está flexibilizada, móvel, fluida, provocando uma negação dos direitos sociais e de cidadania. Agora a “preocupação” é o que fazer para controlar a multidão³, ou seja, um grande e fértil campo a imperar a lógica da ausência de regras e, conseqüentemente, facilitar e assegurar a intervenção, ainda que violenta, do Estado.

Isto tudo é importante para demonstrar que a cena contemporânea mudou, isto porque a tendência das novas formas da produção está em constante transformação, na qual o motor de pro-

³ Na obra “Multidão: guerra e democracia na era do Império” (Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005), Hardt e Negri abrem a possibilidade da democracia de estabelecer os parâmetros para alcançar os desejos de um mundo mais igual e livre, e a “multidão” é a “alternativa viva que vem se constituindo dentro do Império”, isto porque globalização é também a “criação de novos circuitos de cooperação e colaboração que se alargam pelas nações e continentes, facultando uma quantidade infinita de encontros”, possibilitando a manutenção das diferenças, aproximando os pontos em comum e o agir conjunto (p. 12). Para eles, a “multidão” diferencia-se de outros sujeitos sociais como “povo”, as “massas” e a “classe operária”. Se “povo” tem uma concepção unitária, a “multidão” é múltipla – composta de inúmeras diferenças internas (culturas, raças, etnias, gêneros e orientações sexuais), diferentes formas de trabalho, diferentes desejos e maneiras de viver. Em relação às massas, compostas de todos os tipos e espécies, não se pode dizer que diferentes sujeitos sociais as formam, pois sua essência é a indiferença; entretanto, na “multidão”, as diferenças sociais mantêm-se diferentes. Neste sentido, o desafio da “multidão” é possuir um movimento comum, respeitada a diversidade. Os autores também fazem a distinção de “multidão” e “classe operária”, pois, para eles, o conceito de “classe operária” serve, num primeiro momento, para distinguir os trabalhadores dos proprietários dos meios de produção, bem como (em sentido mais estreito) separando a classe operária (trabalhadores industriais) de outros trabalhadores (agricultura, serviços etc.). Num segundo momento, “classe operária” refere-se a todos aqueles trabalhadores assalariados. Para os autores (Hardt e Negri), “multidão” é um conceito aberto e abrangente em função das transformações ocorridas na esfera da economia global, pois, se de um lado a classe operária industrial não desempenha um papel hegemônico na economia global (ainda que, quantitativamente, não tenha diminuído), “a produção já não pode ser concebida apenas em termos econômicos, devendo ser encarada de maneira mais ampla, como produção social – não apenas a produção de bens materiais, mas também a produção de comunicações, relações e formas de vida” (p. 13), constituindo-se, pois, de diferentes configurações da produção social.

pulsão é, sem dúvida, a nova forma global de soberania⁴, ou a nova ordem política: o Império, isto é, ultrapassando a lógica do imperialismo moderno – caracterizado pela centralidade do poder e o monopólio sobre o território – de domínio europeu e da expansão capitalista dos séculos passados (caracterizados, principalmente, pela conquista territorial estrangeira), surge um poder em rede, fundado principalmente no poder dos Estados-nação dominantes e das grandes corporações multinacionais.

É preciso, todavia, delinear as novas configurações da produção da nova ordem política e econômica global, não mais da força de trabalho do período fordista, mas a partir de uma lógica da multidão (da composição social da multidão – características culturais, de raças, etnias, gêneros e orientações sexuais), a partir das diferentes formas de trabalho, desejos e maneiras de viver, saberes, imagens, afetos etc., não mais do trabalho sob o domínio do capital, mas através da composição social do trabalho, ou seja, ultrapassar os limites do domínio do poder disciplinar sobre o corpo e entender as transformações sob a hegemonia do trabalho imaterial, isto porque, diante da tendência da desmaterialização do trabalho, não só surgem novas formas de trabalho como também outras formas tendem a se transformar.

Cristian Marazzi, ao analisar a crise do que chama de *new economy*⁵, reforça a ideia de que a mesma revolução tecnológica que

⁴ Michael Hardt e Antonio Negri desenvolvem a ideia de uma nova soberania a partir da categoria “império” (Império. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004), aduzindo substancialmente que é preciso reconhecer que a ordem global contemporânea não pode ser entendida somente no mesmo sentido atribuído pela soberania do Estado-nação, mas por uma nova forma de soberania, agora um poder em rede que possui como elementos fundamentais, além dos Estados-nação, uma ordem destituída de um centro de comando e coordenada por corporações multinacionais e instituições supranacionais.

⁵ A discussão que Cristian Marazzi (2002) faz neste artigo é muito interessante, especialmente porque ele diagnostica através de análises dos movimentos antiglobalização (de Seattle a Gênova em julho de 2001), o problema da relação da produção pós-industrial e a capacidade dos mercados e das empresas de se moldarem às novas expectativas, ou seja, “de emancipar-se da fábrica e das fronteiras nacionais para comercializar desejos, imaginários,

foi responsável pela produção pós-fordista e redução do tempo improdutivo também foi capaz de possibilitar o maior acesso social às informações, contribuindo, porém, com o aumento do tempo de trabalho, reduzindo o “tempo de atenção que somos capazes de dedicar a nós mesmos e às pessoas com quem trabalhamos e convivemos” (2002, p. 35-36).

Entretanto, Marazzi (2002, p. 36) compreende que esta sobrecarga de informações, resultado do crescimento de dispositivos tecnológicos de acesso às informações, proporcionou na nova economia, do lado da oferta, “rendimentos crescentes em virtude da desmaterialização e reprodução dos bens instrumentais”; entretanto, pelo lado da procura de bens e serviços, a atenção tem rendimentos decrescentes, “porque a atenção é um bem fugaz, facilmente perecível”.

Como visto, a produção pós-fordista tentou superar os mecanismos protagonizados pela produção fordista-taylorista, resultando no “trabalho reflexivo, cognitivo e comunicativo, o trabalho vivo do *general intellect* centralizado na cooperação linguística de homens e mulheres, na circulação produtiva de conceitos e de esquemas lógicos inseparáveis da interação viva dos homens” (MARAZZI, 2002, p. 37).

As transformações proporcionadas pela produção da nova economia estão voltadas à capacidade e quantidade de informações, mobilizando e otimizando os mecanismos externos ao trabalho (especialmente pela revolução tecnológica), permitindo a eliminação do tempo improdutivo do trabalhador, aumentando-se

estilos de vida, para capitalizar o imaterial” (p. 32), isto porque, de certa forma, as lutas dos movimentos sociais antiglobalização se constituíram contra a utilização privada do espaço público, bem como contra a “comercialização simbólica operada pelas multinacionais produtoras de bens de consumo” (p. 33). Para ele “a luta contra a logomarca e o circuito mundial de exploração da mão-de-obra funcionou como alavanca no crescimento global de um movimento ‘antiglobal’” (p. 33). Esta é a razão de identificar a origem da crise da *new economy* e entendê-la como um “modo de produção capitalista atravessado pela comunicação, pela força produtiva da linguagem, seja na esfera diretamente produtiva de mercadorias, seja na monetária e financeira” (p. 35).

o valor de uso das mercadorias e, conseqüentemente, o lucro, isto porque tais transformações reduziram “a quantidade de tempo de atenção necessária para absorver a oferta total de bens informativos” (MARAZZI, 2002, p. 37).

Marazzi vê, ainda, que, neste contexto, a crise gerada pela desproporção entre a oferta de informações e a procura de atenção conduza a processos de monopolização da produção e da distribuição da informação, mas não de sua procura, pois, apesar de ser necessário o aumento de investimento para controlar a atenção, é necessário também, do lado da procura (do lado do consumo da atenção), um rendimento suficiente para adquirir os bens informativos oferecidos no mercado.

Trata-se de uma contradição capitalista, contradição interna à forma de valor, ao seu ser simultaneamente mercadoria e dinheiro, mercadoria cada vez mais guarnecida de informações (necessárias para ganhar um pedaço de mercado) e dinheiro-rendimento sempre mais distribuído de modo a não aumentar a procura efetiva. A financeirização da década de 1990 de fato gerou rendimentos somadores, mas, além de tê-los distribuído de modo desigual, criou-os destruindo salário e estabilidade ocupacional. “*A destruição da estabilidade ocupacional e da regularidade salarial contribuiu para agravar o déficit de atenção dos trabalhadores-consumidores, obrigando-os a dedicar mais atenção à busca de trabalho que ao consumo de bens e serviços imateriais*” (MARAZZI, 2002, p. 38). (Grifo nosso.)

Este excesso de inovações tecnológicas proporcionou uma alta produção sem a devida correspondência da capacidade de absorção do mercado à demanda efetiva, ou seja, superando a capacidade dos indivíduos de consumir, sejam livros, internet ou via televisão, produzindo uma espécie de recessão econômica. As conseqüências dessa crise apontadas por Marazzi (2002, p. 41) são importantes, especialmente quando se percebe a destruição de toneladas de equipamentos eletrônicos que o mercado não absorveu, destruindo sistematicamente milhares de postos de trabalho no mundo inteiro: desde grandes cidades inglesas como

Liverpool e Coventry, como no chamado Vale do Silício⁶ ou nas zonas industriais de exportações das Filipinas e da Indonésia. Estes novos processos protagonizados pela nova economia são os resultados “da determinação com a qual o capital destruiu a fábrica fordista; é fruto da violência com a qual o capital aterrorizou o trabalho cognitivo, exatamente como colonizou simbolicamente o espaço público, enxertando no trabalho competências, saberes, conhecimentos, paixões, afetos, capacidade de relação e de comunicação da mão-de-obra” (MARAZZI, 2002, p. 41).

Não se está falando da perda da centralidade do trabalho vivo, mas uma tendência do mercado de trabalho de um modo geral, mesmo porque, como afirmam Hardt e Negri, isto significa que a cena contemporânea do trabalho e da produção está “sendo transformada sob a hegemonia do trabalho imaterial, ou seja, trabalho que produz produtos imateriais, como a informação, o conhecimento, ideias, imagens, relacionamentos e afetos”, quer dizer, não significa que não existam mais trabalhadores na indústria, comércio ou na agricultura, ou mesmo tenha diminuído a quantidade desses trabalhadores, mas tão somente que “as qualidades da produção imaterial tendem hoje a transformar as outras formas de trabalho e mesmo a sociedade como um todo” (2005, p. 100), mesmo porque, conforme afirma Ricardo Antunes (2005, p. 161), vários experimentos de automação dos processos de produção que ignoraram (desconsideraram) o trabalho vivo fracassaram, demonstrando claramente que mesmo com todo o aparato tecnológico não se pode prescindir da mão de obra viva.

Ocorre, em verdade, que “o sistema de metabolismo social do capital necessita cada vez menos do trabalho estável e cada vez mais das diversificadas formas de trabalho parcial”, ou seja, “como o capital não pode eliminar o trabalho vivo do processo de mercadorias, sejam elas materiais ou imateriais, ele deve, além de incrementar *sem limites* o trabalho morto corporificado no ma-

⁶ O Vale do Silício ou Silicon Valley está situado na Califórnia, Estados Unidos, e corresponde a um conjunto de empresas produtoras de chips, implantadas na década de 50 do século XX, com o objetivo de aumentar e inovar suas capacidades científicas e tecnológicas.

quinário tecnocientífico, aumentar a produtividade do trabalho de modo a intensificar as formas de extração do sobretrabalho em tempo cada vez mais reduzido”, produzindo a redução do proletariado taylorizado, ampliando o trabalho intelectual abstrato, bem como aumentando a quantidade de trabalhadores precarizados (ANTUNES, 2005, 160), resultando no aumento da quantidade de trabalhadores que vivem em condições precárias.

Isto tudo pode ser considerado uma enorme extensão do poder sobre a vida, é dizer, um excesso de biopoder que provoca uma infinidade de problemas (já conhecidos), não só na organização da vida social – exclusão social, desemprego em massa, criminalização da miséria, banalização da vida etc. – como também problemas relacionados com a própria dimensão da vida em si (aqueles ainda não são conhecidos concretamente) – e que de alguma maneira deverão ser enfrentados nas próximas décadas, especialmente sobre as consequências deste excesso em relação à soberania humana sobre si mesma, ou seja, o domínio do ser humano diante dessa multidão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto até agora, com a adoção das políticas econômicas neoliberais, foi possível verificar seus efeitos devastadores como a progressiva pauperização e polarização da população⁷, as devastações ambientais, a destruição das instâncias coletivas de resolução dos conflitos e, em consequência, a destruição do indivíduo e a intensificação de processos de subjetivações voltados à lógica do consumo e do mercado – em relação aos indivíduos que ficam “sujeitados” a um violento e funcional processo de anulação do seu *status* jurídico, o que proporciona o espaço próprio da biopolítica (seu significado é o estado de exceção), fomentando novas formas de controle e de reprodução do capital.

⁷ A reportagem de Helena Celestino mostra que o número de favelas no Brasil cresceu 150% entre 1999 e 2001. Esta informação foi dada pelo então Ministro das Cidades, Olívio Dutra, no plenário da reunião da Comissão de Desenvolvimento Sustentável da ONU. Ainda segundo o Ministro Olívio Dutra, no Brasil há um déficit habitacional de 6,6 milhões de moradias.

Para David Harvey (2004, p. 78), a sobrevivência do capitalismo se dá – ainda que em meio a diversas crises – mediante a produção de novos espaços à sua reprodução. Para ele, a sobrevivência do capitalismo está vinculada à sua tendência de produzir crises de sobre a acumulação, caracterizadas pela existência simultânea de excesso de capital – “acúmulo de mercadorias no mercado que não pode ser dissolvido sem uma perda, como capacidade produtiva ociosa e/ou como excedentes de capital monetário a que faltam oportunidades de investimento produtivo e lucrativo” (HARVEY, 2004, p. 93) – de um lado e, de outro, pelo excedente de mão de obra – desemprego em elevação (HARVEY, 2004, p. 93), sem que haja, pelo menos aparentemente, uma maneira de conjugar os excessos lucrativamente, a fim de realizar tarefas socialmente úteis.

Na contemporaneidade, por exemplo, ou na atual fase da *new economy*, a crise “revela a existência de uma superprodução digital, um excesso de inovações tecnológicas e comunicativas em relação à capacidade de absorção do mercado, à sua demanda efetiva” (MARAZZI, 2002, p. 38-39), isto é, a condição básica à desvalorização e destruição dos excedentes de capitais e a consequente pulverização da excedente mão de obra, colocando-a numa situação de total exclusão.

É preciso, no entanto, encontrar maneiras lucrativas e criativas para absorver os excessos de capital e impedir a impossibilidade do consumo, sendo necessário o rápido deslocamento do capital a outras regiões ou, no dizer de Harvey (2004, p. 78), a expansão geográfica e a reorganização espacial proporcionam esta absorção. Contudo, é necessário relacionar as novas necessidades que estão sendo criadas com os propósitos da presente pesquisa, ou seja, é preciso, então, relacionar a exacerbada divulgação da violência, o sentimento de medo criado e a imposição social de se ter segurança, seja ela pública ou privada, com a necessidade de expansão do capital.

Nos termos de David Harvey, o que ocorre é uma verdadeira acumulação via espoliação, isto porque os excedentes de capital são capazes de liberar “um conjunto de ativos a custo muito baixo” (2004, p. 124). É preciso, para o enfrentamento desta questão, lem-

brar que a formação do sistema capitalista tornou-se viabilizada em função, principalmente da utilização do padrão de financiamento público do chamado Estado providência, é dizer, uma esfera pública institucionalmente regulada, revelando-se, portanto, a transferência para o capital, tanto do ponto de vista estrutural como funcional da reprodução da força de trabalho e dos gastos sociais públicos. Trazendo a discussão para o momento atual, a “ajuda externa” de que fala Mézáros pode ser entendida pelas políticas de privatizações adotadas pelos Estados e, especialmente em relação ao conteúdo das políticas de segurança públicas, sobre acumulados elas têm implementado um vasto campo para investimentos de capitais. Este é o sentido de se poder afirmar que a violência está se tornando um grande e lucrativo negócio.

Não só as privatizações têm este caráter, mas, sem dúvida, são as grandes responsáveis pela nova acumulação (nos termos de David Harvey, as privatizações funcionam como o “braço armado” da acumulação por espoliação). Para ele, a privatização e a liberalização dos mercados foram o mantra do movimento neoliberal e o resultado foi transformar em objetivo das políticas do Estado a “expropriação das terras comuns” através da entrega de ativos de propriedade do Estado ao mercado, para que o capital sobre acumulado pudesse ali ser investido, abrindo-se, portanto, novos campos de atividade lucrativa.

São exemplos dessa abertura de novos mercados à apropriação dos ativos pela iniciativa privada na busca de arenas próprias à expansão do capital não só a privatização dos presídios, mas, partindo-se também da produção industrial militar e da necessidade do “consumo destrutivo”, estratégias específicas de privatização do controle público da violência, como a utilização de câmeras de vídeo, as empresas de segurança privada, o controle social de alta tecnologia, dentre outros, os quais a partir da ideia de criação de uma subjetividade flexível, fruto de um evidente e contemporâneo mecanismo de controle, o qual é exercido, no mais das vezes, por intensos processos de subjetivação – pela atuação conjunta, constante e direta, de dispositivos de controle e disciplina que permitem uma atuação administrativa suficiente para, a partir de conflitos e

consensos existentes em determinadas situações, viabilizar uma efetiva estratégia de políticas públicas concretas, em função da realidade social.

Esta realidade será observada diante do modelo de ordem social que se pretende atingir, isto é, se estamos vivenciando uma realidade fundada em princípios neoliberais – a saber: não mais na lógica regida pelo paradigma da segurança social, mas o da insegurança coletiva – o modelo social estará orientado e, por certo, estrategicamente posicionado para o controle social a partir de políticas públicas singularmente voltadas a um modelo social que utiliza mecanismos defensivos da ordem, “resultando em um modelo desintegrador que produz uma sensação de insegurança e medo” (DORNELLES, 2003, p. 19).

Assim é que o discurso produzido pelo paradigma neoliberal, ou conservador, permite alterar a visão do respeito à dignidade e aos direitos humanos, sendo gradativamente referendado pela lógica da defesa social através da exclusão total de classes inteiras e tolerar, cada vez menos, as diferenças, o crime e o criminoso. A disciplina das fábricas não é mais necessária, afinal, a massa de excluídos, de braços erguidos, reclama: “estamos a esperar a exploração!!”, ou seja, as transformações programáticas neoliberais promoveram, conforme aponta João Ricardo Dornelles (2003, p. 27-28), além da flexibilização e precarização das relações de trabalho, do aumento crescente do desemprego em função da implantação dos mecanismos de aumento de produtividade, a marginalização e a exclusão social, não mais em razão das crises cíclicas do capitalismo, mas com características estruturais, isto porque afasta definitivamente enormes contingentes de trabalhadores do mercado formal.

É possível perceber, em função do contexto histórico dessas relações, que é exatamente nesse cenário que são formalizadas as políticas de controle social a partir da necessidade de se estabelecer a ordem e a legitimidade da lei, isto porque as contradições impostas pelo modelo neoliberal estão a proporcionar significativas e crescentes desigualdades e é sob os segmentos sociais mais vulneráveis que se concentra o foco da ação repressiva de controle

e vigilância, evidenciando procedimentos cada vez mais rigorosos das políticas sociais de controle de viés neoliberal, isto é, a utilização de métodos que viabilizam a guetificação das massas urbanas – excluídos de modo geral, como as massas negras, do final do século XIX, que foram sendo criadas nas cidades brasileiras com os grandes contingentes de homens negros, escravos e libertos, bem como os pobres e favelizados da contemporaneidade – o que permanece, proporcionando a constante apartação dessas massas da cadeia produtiva e da possibilidade de consumo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 10. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2005. 200p.

CHOMSKY, Noan. *La cara antidemocrática del capitalismo, al descubierto*. Disponível em: <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=74241>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Conflitos e Segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 222p.

FRIEDMAN, Milton; CARLI, Luciana. *Capitalismo e liberdade*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1984. Coleção “Os Economistas”. 187p.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: Guerra e democracia na era do Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005. 530p.

HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2004. 349p.

HAYEK, Friedrich A. V. *O Caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. 291p.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda: inflação e deflação*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. 333p.

MARAZZI, Cristian. A crise da *new economy* e o trabalho das multidões. In: COCCO, Giuseppe; HOPSTEIN, Graciela (Orgs.). *As multidões e o império: entre globalização da guerra e universalização dos direitos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. Coleção Política das Multidões. p. 31-42.

MARX, Karl. *Capítulo VI inédito de O Capital*. São Paulo, Editoro Moraes, 169p.

_____. *O capital: crítica da economia política*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996. 1v.

_____. *Manuscrítos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 404p.

MÉSZÁROS, István. *O século XXI: socialismo ou barbárie?* São Paulo: Boitempo, 2003. 116p.

OLIVEIRA, Francisco de. *Os direitos do antivalor. A economia política da hegemonia imperfeita*. Petrópolis: Vozes, 1998. 231p.

RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo: Abril Cultural, 1982. 284p.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. *Os labirintos do poder: o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação*. Porto Alegre: Escritos, 2004. 280p.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. 2v.

AS CONTRADIÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO: DESTRUIÇÃO OU TRANSIÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS?

Priscila Campana

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora na Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB/SC). E-mail: priscacampana@yahoo.com.br.

Samya Campana

Mestre em Economia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) Doutoranda em Educação (UFSC). E-mail: samyacampana@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho vive um momento extremamente difícil, dado por uma ampla crise do capital, na qual uma abundante literatura apresenta um quadro clínico (CAPUTO, 2000, 2001; CECEÑA, 1995; MARINI, 1979, 1996; SANTOS, 1987, 2000). Desde as críticas que mostraram sua outra face (MARX, 1996; PASUKANIS, 1989), até as críticas liberais que o atacam por sua falta de eficácia frente ao desemprego e à inovação tecnológica, a disciplina juslaboral é colocada à prova no contexto político e econômico atual. Na cultura de mercado, os direitos trabalhistas são apresentados como uma ideia obsoleta.

Essa crise do Direito do Trabalho, ligada a uma transformação que ultrapassa o quadro institucional, toma múltiplas formas.

Sua identidade simbólica, fortemente erigida no governo Vargas como reino harmonioso entre “capital e trabalho”, tem hoje descrédito tanto de capitalistas como de trabalhadores em relação à ideia de “justiça”. As dificuldades de adaptação ontológica em relação às transformações da sociedade foram agravadas pelas políticas neoliberais, as quais acentuaram generalizadamente a precarização do trabalho, a marginalização da classe trabalhadora e o aumento das desigualdades sociais.

Quanto ao aspecto do Direito do Trabalho em si, ele tornou-se mais complexo devido às transformações sociais e econômicas globais. Com a extinção progressiva da reprodução direta dos ofícios e de trabalhadores ligados à grande indústria, até o peso, cada vez mais decisivo, do setor de serviços, passando por uma precarização generalizada das relações de trabalho (ANTUNES, 2002; 2005), assiste-se a um profundo questionamento das relações reais (e de ideário) de transmissão entre gerações a respeito dos “direitos trabalhistas”.

Neste âmbito, entendemos que uma das principais transformações que afeta(ra)m os direitos trabalhistas – mas isso se encontra em outros campos sociais – nos últimos decênios, é o domínio progressivo pelo ideário político e neoliberal da dinâmica reformadora.

Nossa proposta pretende refutar a oposição falaciosa entre “imobilistas”/“jurássicos” e “renovadores”, como também evitar as teses alarmistas e catastróficas, às vezes necessárias, mas que desmobilizam quando parecem significar que, estando morto o “tradicional celetista” direito do trabalho, “tudo está perdido”. O Direito do Trabalho é complexo, pois, na medida em que – como outras esferas da sociedade burguesa – inclui o sentido da vida individual e coletiva (em que liga o passado e o futuro e mistura gerações e diferentes formas de os homens produzirem suas vidas) também é um campo de forças, um afrontamento e luta contínua de representações e lógicas diferentes (as quais não são nem essências, nem fatalidades).

A questão fundante que investigamos neste artigo é sobre o conteúdo e a dinâmica do “modelo” de Direito do Trabalho que se impõe atualmente. Afinal, as transformações em curso representam

uma melhor adaptação do Direito do Trabalho à economia capitalista no contexto do neoliberalismo (o que significaria maior perigo à autonomia desse direito)? Ou representam a extinção/destruição do Direito do Trabalho como tal, no contexto de que o trabalho, como relação ontológica, como modo de reproduzir a existência humana vem sendo duramente afetado pela reprodução do capital?

Partimos de duas hipóteses em nossa investigação. A primeira delas é que, em função da tendência de diminuição da intervenção estatal nos vários setores sociais e econômicos do país, assinalada também pela “globalização”, o Estado afasta-se de suas funções jurisdicionais até o ponto em que as normas jurídicas passem a ser consideradas como um empecilho para o livre desenvolvimento do mercado. Portanto, a desregulamentação faz parte do atual contexto que abrange o Estado enfraquecido como poder instrumentalizador do Direito do Trabalho. Passa-se então da flexibilidade de direitos à desregulamentação de direitos por conveniência política e econômica. A segunda hipótese é a de que a globalização econômica impele os Estados soberanos à desregulamentação do Direito do Trabalho, tendo em vista uma pretensa modernização que os levaria a competir com maiores vantagens no mercado mundial.

A sociedade atual, marcada por avanços tecnológicos e mudanças no sistema produtivo, é qualificada como complexa e tem sua influência direta sobre o Estado e o Direito. É propagado que estes devem, no contexto de globalização, “acompanhar” os progressos da modernidade, segundo a visão atual do neoliberalismo.

Não ocorrendo isto, o modelo adotado atualmente para regular as relações de trabalho, a exemplo do Brasil, é chamado de anacrônico, em face das transformações no sistema produtivo capitalista mundial, sendo caracterizado como rígido.

Cabem então, neste contexto, os discursos da flexibilidade e da desregulamentação do Direito do Trabalho. Há preocupação quanto à desregulamentação juslaborista no Brasil, na medida em que se traduz na alteração prejudicial de grande parte de normas positivadas protetoras do hipossuficiente.

Sendo parte de um todo ligado a uma visão macroeconômica, a serviço dos interesses do grande capital, o processo desregula-

mentador não traz benefícios para os trabalhadores, mas simboliza apenas forma de maior espoliação do trabalho em proveito da maior concentração de renda e do aprofundamento da crise econômica nos países de Terceiro Mundo (PASSOS, 1996).

1 FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO

Muitos autores diferenciam o conceito de flexibilização e o de desregulamentação, traçando critérios comparativos e elaborando classificações.

Para Sússekind, por exemplo, a desregulamentação do Direito do Trabalho não se confunde com a flexibilização das relações de trabalho, explicando que:

A flexibilização corresponde a uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública e no da inalterabilidade “in pejus” das condições contratuais ajustadas em favor do trabalhador, visando facilitar a implementação de nova tecnologia ou preservar a saúde da empresa e a manutenção de empregos. Na flexibilização sobrevive a legislação de proteção do trabalho com algumas normas gerais irrenunciáveis e outras que admitem as adaptações precitadas; na desregulamentação o Estado não intervém nas relações de trabalho, para que a autonomia privada, coletiva ou individual, disponha sem limitações legais, sobre as condições de trabalho. Seria o retorno à fase histórica em que as péssimas condições de trabalho justificaram a ampla e diversificada reação que fundamenta o advento da legislação social-trabalhista. (1997, p. 61)

Num outro ponto de vista, Nascimento entende que o vocábulo flexibilização refere-se ao direito individual do trabalho, enquanto desregulamentação diria respeito ao direito coletivo. Desta forma, “flexibiliza-se o direito individual e desregulamenta-se o direito coletivo” (2003, p. 34).

Para Siqueira Neto, a desregulamentação dos direitos trabalhistas “é o processo pelo qual os mesmos são derogados, perden-

do a regulamentação. A desregulamentação, na verdade, é um tipo de flexibilização promovida pela legislação”. Segundo ele, “a flexibilização do direito do trabalho consubstancia-se no conjunto de medidas destinadas a afrouxar, adaptar ou eliminar direitos trabalhistas de acordo com a realidade econômica” (1995, p. 65).

Entretanto, há também o entendimento de que a flexibilização é espécie do gênero – processo – de desregulamentação. Flexibilização, assim, pode ser definida como a possibilidade, inserida na própria lei existente, de excetuar alguns direitos trabalhistas, tornando-os maleáveis. Segundo Maccalóz, “por essa via não havia a determinação de extinguir a legislação, ela permaneceria aí como uma sugestão às partes, ou mesmo de caráter impositivo nas condições previamente estabelecidas” (1997)⁸.

Num conceito simples, flexibilizar significaria dar maleabilidade à legislação do trabalho, mesmo que paulatinamente. De igual modo, pode-se dizer que a flexibilização do direito laboral “tem uma característica própria e inconfundível, que é a possibilidade de alteração da relação contratual entre empregado e empregador, com o objetivo de dar uma plasticidade às regras obreiras, tirando-lhes os aspectos ‘tradicionais’” (PEREIRA, 1995).

Assim, existe a possibilidade de tentar diferenciações entre os vocábulos “flexibilização” e “desregulamentação”. Do mesmo modo, é possível uma esquematização dos tipos de flexibilização em setores na relação de trabalho⁹.

⁸ A autora explica: “assim ocorre na Espanha, que adotou uma regulamentação mínima para todos os contratos trabalhistas não compreendidos nas negociações coletivas. Isto significa, nesta maleabilidade, a eliminação aos poucos da legislação trabalhista pois seu caráter tutelar e protecionista orienta na indisponibilidade do seu conteúdo normativo” (p. 10).

⁹ Como, por exemplo, o da mobilidade do trabalhador, o da duração do contrato individual de trabalho e o setor salarial. Quanto à mobilidade, ocorre flexibilização referente à movimentação do empregado para dentro ou fora da empresa, significando a liberdade do empregador em admitir e despedir conforme sua vontade. Quanto à duração do contrato individual de trabalho, significa que, em função das necessidades das empresas, passam a existir contratações de trabalhadores temporários, contratos por prazo determinado, facilitando a rotatividade da mão de obra. E quanto ao salário, não somente

Entretanto, como o objetivo deste trabalho não está centrado nestas diferenciações classificatórias, “flexibilização” ou “desregulamentação” são aqui empregadas como sinônimos. Ou seja, ambos os institutos representam um atraso histórico do direito trabalhista brasileiro, indo de encontro aos princípios da proibição de retrocesso social e da proteção ao trabalhador, protegidos constitucionalmente.

Para Carvalho, “o que se pretende é o enfraquecimento das normas que resumam conquistas dos trabalhadores, facilitando, assim, a maior liberdade daquele que está do lado oposto do balcão: o empregador” (1993).

O discurso neoliberal de globalização defende a desregulamentação como necessária para atender a uma crise provisória do capital, afirmando que gerará empregos. Contudo, esclarece Pereira: “o que se constata é uma forma de obrigar os trabalhadores a cederem seus direitos laborais como meio de enfrentar a crise econômica, admitindo a incorporação de certas formas contratuais atípicas” (1995, p. 114).

Desta maneira, a flexibilização veste-se de simples *reformatio in pejus*, modificando as leis trabalhistas existentes, para reduzir, materialmente, direitos a uma estratégia econômica casuística.

É relevante observar a herança do discurso neoliberal de flexibilizações das normas fundamentais do trabalhador, e perceber a atualidade da nova ordem internacional de globalização e os projetos econômicos “criados” para os países periféricos. Desta forma, é possível compreender o processo desregulamentador, em que há “uma inversão de valores, em que o Direito do Trabalho perde sua expressão de humanismo jurídico (a serviço de um valor absoluto e universal, que é a dignidade do ser humano que trabalha) para valores meramente econômicos” (MACCALÓZ, 1997)¹⁰.

teria seu valor reduzido como também estaria generalizada a remuneração maleável do trabalho prestado (PEREIRA, 1995).

¹⁰ “É na desmontagem das tradicionais relações de trabalho que entra a flexibilização como parte dessa grande estratégia de globalização, ou melhor, livre circulação de capitais e riquezas sem obstáculos que lhe venham a diminuir a

2 AS FLEXIBILIZAÇÕES NAS LEIS TRABALHISTAS

O caráter tuitivo das leis trabalhistas estabelece normas com limites mínimos, em que, fora destes, há possibilidade de negociação, havendo flexibilização. É o que enuncia o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

São institutos históricos jurídicos da flexibilização a Lei 5.107/66 do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), os incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 e, na década de noventa, o projeto de lei que instituiu o contrato de trabalho por tempo determinado. Além destes, inúmeros projetos de lei tramitam no Congresso Nacional com este escopo, como em 2001, no projeto que visava instituir que as decisões em negociação coletiva prevalecessem sobre a legislação trabalhista¹¹.

Na década de 1960, a mais profunda flexibilização ocorreu com o instituto do FGTS, criado pela Lei 5.107, de 13.09.1966, paralelamente aos Capítulos V e VII do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho, uma opção de responsabilidade do trabalhador, o qual se beneficiaria com a patrimonização da antiga estabilidade¹².

importância. Do ponto de vista capitalista, ela é apresentada como uma reação à rigidez (...) na aplicabilidade das normas legais de proteção ao trabalho, no Brasil.” (MACCALOZ, 1997, p. 68)

¹¹ Sobre este tema, Arnaldo Süssekind pondera: “é surpreendente e até estranho, por isso mesmo, que o Presidente Fernando Henrique Cardoso, a pretexto de flexibilizar a aplicação da legislação trabalhista, tenha se empenhado, com incompreensível e obstinada insistência, no sentido de ser aprovado, o Projeto de Lei do Executivo n. 5483/01, que visa a complementar o art. 618 da CLT para permitir que convenções e acordos coletivos prevaleçam, salvo em excepcionais hipóteses, sobre a lei ordinária”. (1997, p. 50)

¹² Segundo as leis trabalhistas anteriores a 1966, os trabalhadores com permanência entre um e dez anos na mesma empresa tinham direito a indenização quando demitidos sem justa causa. A indenização equivalia a um mês de salário para cada ano de trabalho na empresa. Além disso, os trabalhadores com mais de um ano de emprego tinham direito a aviso prévio

Com o novo instituto, acabou o reconhecimento de qualquer estabilidade, reduzindo os custos imediatos da demissão de trabalhadores. Os empregadores poderiam agora demitir empregados com dez anos de casa sem justa causa. Da mesma forma, foi alterado o modo de pagamento das indenizações, eliminando-se a necessidade de o empregador gastar grandes somas de uma vez em caso de demissões ou fechamento das empresas. Além disso, possibilitou aos empregadores liberdade para aumentar a rotatividade da mão de obra, mantendo mais baixos os salários. Assim, o FGTS substituiu a antiga estabilidade do empregado, desonerando o empregador de pagamento de indenização ao demitido imotivadamente.

A Constituição Federal de 1988 já não alude à estabilidade do empregado, apenas inseriu, entre os direitos sociais, no artigo 7º, o item III, “fundo de garantia do tempo de serviço”.

Ainda no plano infraconstitucional, há a antiga lei que previa a redução de jornada e de salários sob as condições ali previstas (Lei 4.923/65).

Digna de apreciação é a inspiração flexibilizadora constante do ordenamento jurídico constitucional: o artigo 7º, VI (quanto à irreduzibilidade salarial, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo), XII (quanto à compensação e redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva), XIV (jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva). A redução salarial já era prevista no artigo 503 da CLT, no caso de “força maior ou prejuízos devidamente comprovados”.

de trinta dias, e a pagamento extra de soma equivalente a um mês de salário. A quantidade das somas envolvidas desincentivava as demissões em massa nas empresas. Os trabalhadores empregados há mais de dez anos na mesma empresa adquiriam “estabilidade”, somente podendo ser demitidos se o empregador provasse falta grave em processo judiciário. Se o empregador fosse sucumbente ao tentar demitir um trabalhador estável, era obrigado a readmiti-lo pagando-lhe os salários atrasados. Com a concordância do empregado, o empregador poderia deixar de readmiti-lo, pagando-lhe o dobro da indenização.

Uma terceira forma que compõe o arcabouço de possibilidades flexibilizadoras são as terceirizações. Estas acabam com a sinalgmaticidade perfeita do contrato laboral, objetivando provocar um desvio do eixo fundamental do conflito, que deixa de vincular o trabalhador com o capitalista. Consequência disso é, também, a desmobilização da classe trabalhadora na luta por seus direitos. Os seus adeptos defendem-na com base na eficiência de produção e crise do emprego¹³.

São falaciosos estes argumentos, haja vista que o problema do desemprego é estrutural e que as medidas servem tão somente para atender aos interesses dos empresários em busca de maior lucratividade e descomprometidos com a realidade social de desigualdade econômica, pobreza, analfabetismo do Brasil.

De maneira idêntica, a Lei 9.601/98, que instituiu o contrato temporário de trabalho (e o banco de horas), significou mais um golpe neoliberal contra a classe trabalhadora brasileira, contribuindo para a redução salarial e para a desmobilização dos trabalhadores, pois se trata de recurso fácil aos empregadores na rotatividade de mão de obra temporária.

O FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) já havia sido criado, substituindo a estabilidade no emprego. Agora, com o contrato por tempo determinado, o percentual de recolhimento deste Fundo cai de 8% para 2%, não sobrando nem uma coisa e nem outra. Também é extinta a obrigação de pagamento de aviso prévio, a multa de 40% sobre o FGTS e a estabilidade provisória em virtude de gravidez e de exercício de mandato sindical. As horas extras exigidas do trabalhador poderão ser compensadas em prazos de até um ano (CAMPOS, 1997).

O argumento principal dos ideólogos das desregulamentações, e, mais precisamente deste projeto, é a geração de empregos,

¹³ Eficiência porque, assim, a atividade capitalista poderia ser concentrada na atividade-fim, desligando-se das atividades-meio. E como fato incentivador de postos de trabalho porque, reduzindo os custos da produção para o empresário terceirizado, um maior número de vagas seria aberto junto aos empreendedores terceirizantes.

já que, segundo eles, as empresas pagam muitos encargos sociais. Como escreve, ironicamente, Campos, “é de dar pena a situação do empresariado” (1997), explicando em seguida:

[...] as margens de lucro das empresas brasileiras são elevadíssimas. [...] Qual a contrapartida para os trabalhadores que, em última instância, geram essa prosperidade para as classes dominantes? Em uma sociedade desigual como a nossa, o discurso, a capacidade de perverter o sentido de uma narrativa revela-se, de fato, uma das mais elaboradas habilidades do homem. As ideologias conseguem, por exemplo, convencer a opinião pública de que o trabalhador é o responsável pela situação de atraso social em que vive o país. [...] Apesar de receber o menor salário mínimo do mundo, o trabalhador brasileiro ainda é culpado pela crise em que vivemos. Usa-se, agora, essa argumentação para justificar a precarização das relações de trabalho, retirando direitos que fazem parte do patrimônio dos trabalhadores brasileiros. Cabe lembrar que em países que desregulamentaram o mercado de trabalho, como Argentina e Espanha, as taxas de desemprego estão atualmente entre as mais elevadas – respectivamente, 29% e 24%. (1997)

Ou seja, o discurso da rigidez da Consolidação das Leis Trabalhistas é falacioso; primeiro, pelas inúmeras possibilidades de flexibilização atualmente implementadas nas relações de trabalho e, segundo, pelas constantes desregulamentações que sofreram as normas celetistas, ainda antes do advento da Constituição Federal de 1988.

O direito do trabalho sempre foi flexível. Mas, com as políticas econômicas atuais, houve maior desregulamentação e precarização nas relações trabalhistas. Não há razão, portanto, para se propagar a ideia de extinção da CLT com fundamento em sua pretensa rigidez. O objetivo estaria respaldado no desejo de justificar a ideia equivocada de que este corpo de leis é um “entulho” originado na ditadura de Getúlio Vargas.

3 O IDEÁRIO DA RIGIDEZ DAS LEIS TRABALHISTAS E A “NECESSIDADE” DE FLEXIBILIZAÇÃO DIANTE DAS CRISES CAPITALISTAS

Uma das grandes falácias propagadas atualmente, principalmente por causa das crises estruturais do capitalismo, e que justificariam a necessidade de se alterar totalmente a CLT brasileira (Consolidação das Leis Trabalhistas), pois seria um entrave ao desenvolvimento econômico do país, é o de que possui extrema rigidez, impedindo a negociação entre empregados e empregadores¹⁴.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988 e da Consolidação das Leis Trabalhistas, a legislação trabalhista já havia se curvado diante das políticas econômicas de seus governantes. Em 1942, sob a ditadura varguista, vários direitos trabalhistas foram maleabilizados diante das necessidades da economia de guerra, como a jornada de trabalho, as horas extras, o trabalho noturno e o direito de férias. Explica Lenharo:

[...] os objetivos “nacionais” de uma economia de guerra que levaram o governo, em 1942, a aumentar novamente a jornada de trabalho para 10 horas, o que batia com as aspirações dos empresários ainda não conformados com a sua regulamentação. Horas extras, trabalho noturno das mulheres também passavam a receber um tratamento mais flexível, atendendo-se à necessidade ‘nacional’ de se exportar mais, principalmente têxteis, em condições favoráveis no mercado

¹⁴ A crise da economia, as novas tecnologias e o desemprego crescente, bem como a competitividade internacional justificariam a flexibilização. O economista José Pastore já opinava em 1994 que a Constituição, a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) e a Justiça do Trabalho “obrigam as partes a se acomodarem a um sistema ultrapassado que se baseia muito mais na legislação do que na negociação [...] numa quadra em que o mundo se encolhe, a economia se globaliza e tudo é feito com uma velocidade alucinante que exige mecanismos de ajustamento rápido do lado dos agentes econômicos” (PASTORE, 1994). Quase mais de uma década depois, o mesmo economista persiste: “por força da rigidez da nossa legislação trabalhista, as medidas nos campos do emprego e salário são dolorosas e conflitivas. A CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) deixa muito pouco espaço para as partes serem cordatas e fazerem adaptações” (PASTORE, 2001).

internacional. Ainda em 42, o direito de férias foi sustado nas indústrias consideradas militarmente essenciais, entre as quais as têxteis. (1986, p. 28)

Isto quer dizer que a prática de flexibilização das normas trabalhistas não é um fenômeno tão atual quanto parece ser. Infelizmente, como na situação da economia de guerra supracitada, a legislação foi colocada de lado quando erigida a “produtividade nacional” como primeiro valor.

Entretanto, a expressão flexibilização começou a ser utilizado como “necessidade” no Brasil antes mesmo do Consenso de Washington, em 1989. As leis sociais deveriam ser flexibilizadas porque eram “desatualizadas”: impediam a concorrência dos produtos brasileiros no mercado mundial, oneravam o empresariado nacional, geravam desemprego, bloqueavam o desenvolvimento econômico, violavam a liberdade das partes no contrato de trabalho, afastavam a livre negociação; enfim, a legislação social passou a ser o problema “causador de todos os males”. Procurando modificá-la, retirá-la e flexibilizá-la, a modernidade chegaria ao país e seria possível tornar o Brasil um país de Primeiro Mundo.

Nessa década de 2000, especialmente nos anos 2007/2008, com o aumento do número de desempregados na Europa, debate-se a chamada “flexissegurança”, que, conforme Dallegrave (2008), é mais uma medida em sintonia com a ideologia neoliberal, vez que os objetivos são claros: facilitar a vida da iniciativa privada em detrimento das condições de trabalho que se tornarão mais precárias em face da política de flexibilidade em seus diversos aspectos: contratação temporária; dispensa sem ônus; modalidades de salário vinculadas ao resultado; fixação de horários flexíveis visando atender exclusivamente a demanda da produção.

A flexibilização dos direitos sociais, assim, tornou-se mais um mecanismo capitalista de manutenção do sistema de exploração e auferição de lucros pelas empresas e conglomerados econômicos, mormente em momentos de crises.

Entretanto, como pondera Souto Maior,

[...] a superação de uma crise econômica estrutural requer sacrifícios de cima para baixo e não de baixo para cima. Não se promove uma sociedade, salvando empresas e deixando pessoas à beira da fome. Se há um problema na conjuntura econômica, que atinge a todos indistintamente, e não apenas a uma ou outra empresa, é necessário, então, o sacrifício conjunto, começando pelos próprios empresários e passando por diversos outros setores da sociedade (profissionais liberais, servidores públicos, senadores, deputados, prefeitos, governadores, juízes etc.). É impensável que se busque a solução de problemas econômicos estruturais do país com o sacrifício apenas de trabalhadores cujo salário já está entre os mais baixos do mundo. Não é possível que as pessoas sérias desse país acreditem que o 13º salário de um trabalhador, já “terceirizado”, que ganha pouco mais de R\$ 400,00 por mês constitua entrave ao desenvolvimento econômico. (2009)

E, ao contrário do que se apregoa ideologicamente, o desemprego ou as crises econômicas não se resolvem com as práticas desregulamentadoras. Assim, diante das medidas flexibilizadoras entre 1998 e 2001, os índices deveriam ter queda, porém não foi o que aconteceu (DALLEGRAVE, 2008)¹⁵.

4 DESTRUIÇÃO OU TRANSIÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS? CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que o capital é o momento histórico em que o produto do trabalho do homem (esse trabalho materializado, objetivado) separa-se dele, aliena-se dele, se volta contra o próprio homem dominando-o e escravizando-o, mas não para fazer dele uma força tão somente submissa, mas uma força submissa com um objetivo precípuo (que o homem é escravo do produto do seu trabalho). Tal

¹⁵ Conforme índices do DIEESE e BACEN, em 12/97, registrou-se 4,5% da PEA, período que iniciou a Reforma Trabalhista do Governo FHC. Em 12/99 subiu para 6,7%. Em 12/02 subiu novamente para 10,50%, quando findou a “reforma trabalhista”. Em 12/03 e 12/04 a taxa de desemprego fechou próxima da casa dos 10%. Somente a partir de 12/05 a taxa de desemprego começou a cair, alcançando a sua menor taxa em 12/07, na casa dos 7,40%.

objetivo transforma-se em matéria-prima para, primeiro, manter a riqueza no nível em que ela existe, no padrão em que ela iniciou o ciclo; segundo, ampliar esta riqueza, ou seja, produzir mais riqueza do que a antecipada¹⁶.

O desenvolvimento dessa relação específica entre os trabalhadores e a sua riqueza, a qual reproduz a propriedade privada capitalista e, ao mesmo tempo, a não propriedade privada dos próprios trabalhadores e que tende a produzir riqueza e as forças produtivas ampliadamente, é, não obstante, contraditória: ao mesmo tempo em que o processo produtivo sob sua égide expulsa os homens da produção, o capital (a relação social) quer homens na produção. Com isso, o desenvolvimento de novas tecnologias (SANTOS, 1987), “flexíveis” (com a conseqüente precarização que encerra), consonantes com uma nova forma “laboratorial” de (re)produção do capital (CAMPANA, 2006) e a permanência da individualização da relação trabalhista entre empregadores e empregados (isto é, o fato de o trabalhador ser o proprietário privado de sua força de trabalho e de o capitalista dispor dessa força individualmente, por mais socializada que vá se construindo a vida), apontariam um declínio do Direito do Trabalho em prejuízo dos trabalhadores, já que o que estaria em jogo seria o próprio “direito *ao* trabalho”, ainda presente como única forma de os homens reproduzirem suas vidas, mesmo que precariamente.

Nesse contexto de dificuldades para o homem se fazer “no” e “pelo” trabalho (como um direito *ao* trabalho), evidencia-se a perda de direitos trabalhistas. Desse modo, o universo do trabalho (e sua matiz, “direito *ao* trabalho”) – como forma ontológica –, e o dos direitos trabalhistas parecem se confundir a ponto de dominantemente não se ver mais a importância de ser da autonomia do Direito do Trabalho nem o significado político de sua separação em relação aos desígnios da economia de livre mercado. Vive-se, pois, uma

¹⁶ Isso porque a acumulação de capital repousa sobre determinadas “leis”, proporções/relações entre variáveis fundamentais de seu movimento: Composição Orgânica do Capital – COC –, ou seja, e de forma resumida, $COC = CC/CV$; Taxa de Mais-Valia, ou seja, $Tx. MS = MV \text{ (mais-valia)}/CV$ (capital variável) e Taxa de Lucro, ou seja, $Tx. L = MV/CC$ (capital constante) + CV, podendo, ainda, a Tx L ser escrita: $Tx = Tx. MV/COC + 1$ (MARX, 1996).

época de enfraquecimento dos direitos trabalhistas que no passado foram fundamentais para a construção e garantia do modo de vida dos homens assentado sobre o trabalho e inclusive no capital.

Não obstante, interroga-se sobre os limites dessa “evolução” do direito trabalhista em função de suas próprias consequências. O Direito do Trabalho é um universo que, à medida que avança, traz contradições dialéticas. A lógica do modelo de flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho é uma lógica autodestrutiva para o próprio sistema na medida em que fragiliza a relação homem-mundo, pois esta se assenta sobre o trabalho, o qual vem sendo solapado pelo próprio desenvolver do modo de produção capitalista. Deste modo, se essa evolução responde bem a certas tendências (na verdade, pode ser ela mesma uma contratendência da crise) do capital, a perda (*irreversível*) de direitos do trabalho não é algo ilusório, considerando os imperativos da economia capitalista? Conseqüentemente, se ainda não estamos na liquidação total dos direitos trabalhistas, então assistimos a uma transição do Direito do Trabalho, em face do dismantelamento do elo ontológico homem-trabalho?

Há dois grandes tipos de contradições que aparecem: uma que toca à cultura e aos valores que o Direito do Trabalho subentende e outra que se poderia dizer propriamente econômica. Querer tornar o Direito do Trabalho em prol de organizações mais eficazes e de “mais empregos” (mesmo que flexibilizando-o) supõe que se aceite, minimamente, a necessidade e importância dos direitos trabalhistas, de sua regulamentação, mas não se deve confundirlos como algo inútil. Se os direitos trabalhistas são vistos como inúteis e onerosos, então a lógica do “capital e trabalho” que justifica a expansão dessa relação e da ideia de que o “trabalho dignifica” não tem mais sentido algum. Quem vai pagar pela “economia dos direitos trabalhistas”?

Em nível mais profundo, a lógica do modo de produção capitalista é autodestrutiva, mas o tom catastrófico de certos panfletos que declaram que o Direito do Trabalho já é “ruim para o trabalhador”, ou que já é, em si, capitalista, não ajuda a estabelecer uma constatação precisa da situação atual. É falso dizer que o discurs-

so dominante capitalista apropriou-se de tudo e que o Direito do Trabalho está inteiramente a serviço da ordem capitalista. Basta considerar o estado das relações de forças e examinar as lutas internas ao próprio Direito do Trabalho para constatar que certas “reformas” ainda não foram efetivadas. A flexibilização e a desregulamentação a favor da competitividade e do mercado ainda não são aceitas facilmente por todos, de modo que essa resistência é um dos maiores obstáculos à sua expansão.

A onda de “mudança” no Direito do Trabalho deve ser compreendida na longa duração e como produto de uma acentuação do desenvolvimento do modo de produção capitalista. E, em última instância, essa onda acentua a crise do vínculo humano com o trabalho. São, portanto, os preceitos e as práticas do neoliberalismo que é preciso combater e são, também, os fundamentos dessa forma de sociedade que é preciso interrogar, já que se mostram esgotados.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2002.
- _____. *O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- _____. Construção e desconstrução do trabalho no Brasil. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.
- CAMPANA, Priscila. *Direito Trabalhista a Contrapelo: desconstruindo discursos e práticas de poder*. 233 f. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.
- CAMPANA, Samya. *A emancipação humana a partir da síntese histórica do desenvolvimento das forças produtivas sociais: o sistema de laboratório*. 2006. 256f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Programa de Pós-graduação em Economia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- CAMPOS, Lauro. Neoliberalismo e contrato temporário de trabalho. *Folha de S. Paulo*, Opinião Econômica, 15 jan. 1997.

CAPUTO, Orlando. La globalización de la economía mundial desde la crisis asiática. *Aportes: Revista de la Facultad de Economía de la BUAP*. Puebla, año 5, n. 13, p. 31-53, abr. 2000.

_____. Las crisis del capitalismo global. In: CAPUTO, O.; ESTAY, J.; VILLA, J. *Capital sin fronteras: polarización, crisis y Estado-nación en el capitalismo global*. Barcelona: Icaria, 2001.

CARVALHO, Amílton Bueno de. Flexibilização e direito alternativo. In: SOUZA JR, José Geraldo de. *Introdução crítica ao direito do trabalho*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

CECEÑA, A. E. (Coord.). *La internacionalización del capital y sus fronteras tecnológicas*. México, D.F.: El Caballito, 1995.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 49-53, 2008.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

HOBBSAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LENHARO, Alcir. *Sacralização da política*. São Paulo: Papyrus, 1986.

MACCALÓZ, Salete. Globalização e flexibilização. In: _____ et al. *Globalização, neoliberalismo e direitos sociais*. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

MARINI, Ruy Mauro. Plusvalía extraordinaria y acumulación de capital. *Cuadernos Políticos*, México, D.F., n. 20, 1979.

_____. Procesos y tendencias de la globalización capitalista. In: MARINI, R. M.; MILLÁN, M. (Coords.). *La teoría social latinoamericana: tomo IV, cuestiones contemporáneas*. México, D.F.: UNAM, 1996. p. 49-68.

MARX, Karl. *O Capital: o processo de produção do capital*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996. Livro I, v. 1/ v. 2.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Flexibilização do direito do trabalho: dimensão e experiência brasileira. *Revista Forense*, v. 99, p. 31-38, set./ out. 2003.

PASSOS, Edésio. O princípio da proteção e a desregulamentação das relações de trabalho. *Revista Genesis*, Curitiba, p. 20-24, jul. 1996.

PASTORE, José. Encargos sociais. *Folha de S. Paulo*, Opinião Econômica, 05 jul. 1994.

PASTORE, José. Racionamento, emprego e salário. *O Estado de S. Paulo*, 22 maio 2001.

PASUKANIS, Evgeny B., *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. A problemática da flexibilização do direito do trabalho no Brasil. *Jurisprudência Catarinense*, n. 70, p. 66, 1992.

SADER, Emir (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

SANTOS, Theotônio dos. *Revolução científico-técnica e acumulação de capital*. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. *A teoria da dependência: balanço e perspectivas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Desregulamentação ou Regulamentação?. *Trabalho e Processo*, n. 7, dez. 1995.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Contra oportunismos e em defesa do direito social*. São Paulo, 22 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.ensinopublico.pro.br/ViewPublicacao.aspx?ssoid=82>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o direito do trabalho. *Revista LTr*, n. 1, jan. 1997.

DIREITOS HUMANOS: OPINIÃO DO CORPO DISCENTE DA UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE¹

Fernanda Prince Sotero Westphal

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc.
E-mail: fernandawestphal@hotmail.com

Alexsandra Pizzetti Benincá

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc, pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Cidadania – Nupec. E-mail: alexsandrabeninca@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos e fundamentais são assim denominados por constituírem a razão de ser de todo um sistema constitucional e do próprio governo organizado, da própria existência do Estado. Porém, não basta qualquer positivação, e sim a construção de normas constitucionais, que ditarão o que cabe ao Estado cumprir. Sem elas, os direitos fundamentais constituiriam apenas uma expectativa dos cidadãos.

¹ Artigo sobre pesquisa de iniciação científica realizada no ano de 2008, sobre a opinião do corpo discente da Unesc acerca dos Direitos Humanos. A pesquisa foi financiada pelo Programa de Iniciação Científica (PIC) da Unesc – Universidade do Extremo Sul Catarinense, e teve como orientadora a prof^a. Me. Mônica Ovinski de Camargo.

Por esta razão, não basta apenas a positivação legal, e sim, que as pessoas tomem conhecimento dos direitos que elas têm, para que, desta forma, possam reivindicar uma melhoria na qualidade de vida e também construir uma convivência harmônica em sociedade, respeitando as diferenças sociais de cada grupo.

Diante disso, o objetivo principal da pesquisa ora apresentada é o de identificar a opinião acerca dos direitos humanos e fundamentais, em especial, com relação aos condenados criminalmente, aos afrodescendentes e ao grupo LGBTTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais), entre os(as) acadêmicos(as) de graduação de uma Instituição de Ensino Superior (Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc), diante da missão conferida a esses agentes no meio social. Inegavelmente, se o conhecimento dos direitos humanos deve ser difundido na sociedade como um todo, tanto mais se deve exigí-lo, quando se tratar de estudantes do ensino superior. Tais estudantes, em face de sua posição privilegiada na sociedade brasileira, não apenas devem conhecer a fundo seus direitos, como devem saber reconhecer nos demais seres humanos a condição de sujeitos de direitos, independentemente de sua condição social, econômica, de sua raça/etnia, de sua orientação sexual, entre outros.

Portanto, a proposta dessa pesquisa foi justamente sensibilizar os(as) acadêmicos(as) para a questão dos Direitos Humanos, reconhecendo esta dimensão cidadã do ensino superior e buscando compreender em que medida os discentes conhecem os seus direitos como pessoas e em que medida reconhecem os outros seres humanos como pessoas e sujeitos de direitos.

2 METODOLOGIA

Esta pesquisa pretende conhecer a opinião dos acadêmicos da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc), a respeito dos direitos humanos. Portanto, a unidade experimental desta pesquisa passa a ser o corpo discente da Unesc, estratificado conforme as seguintes áreas de conhecimento (UNAs²): Ciências da Saúde;

² Unidades Acadêmicas – UNAs.

Ciências Sociais Aplicadas; Ciências, Engenharias e Tecnologias; Humanidades, Ciências e Educação.

A técnica de pesquisa eleita é a aplicação de questionário em número de acadêmicos(as) calculado para a amostra, conforme segue abaixo. Salienta-se que essa etapa da pesquisa só foi executada após autorização do Comitê de Ética em Pesquisa da Unesc, por se tratar de pesquisa que utiliza como sujeitos de pesquisa seres humanos.

Para tanto, realizou-se um cálculo amostral para cada área de conhecimento, para fins de aplicação dos questionários, sendo que foram considerados erro de estimação 5% e nível de confiança de 95%. Os sujeitos foram selecionados a partir da tabela de números aleatórios. Buscou-se obter uma amostra representativa dos universitários, considerando cada uma das áreas de conhecimento, conforme o Quadro 1.

Quadro 1

Amostra obtida considerando-se a categoria das áreas de conhecimento

Ciências da Saúde	71	19,3%
Ciências Sociais Aplicadas	141	38,3%
Ciências, Engenharias e Tecnologias	79	21,5%
Humanidades, Ciências e Educação	77	20,9%
TOTAL	368	100%

Todos os resultados apresentados foram ponderados segundo distribuição da população pesquisada, considerando-se as seguintes variáveis: área de conhecimento, curso, turno, sexo e idade.

A amostra projetada foi de um total de 368 entrevistados, sendo que a obtida foi bastante significativa. Em relação aos dados pessoais, foram entrevistados 227 universitários do sexo feminino, e 141 universitários do sexo masculino. Dos universitários(as) entrevistados(as), 40,2% (148 pessoas) tinham entre 16 a 20 anos; 53,8% (198 pessoas) entre 21 a 30 anos, portanto, a população entrevistada é bastante jovem.

3 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS, SEUS SIGNIFICADOS, SUAS DISTINÇÕES

Sobre os direitos humanos e fundamentais, são necessários o reconhecimento e o respeito ao outro, entendidos como a aceitação do diferente em todos os aspectos: culturais, físicos, étnicos, religiosos, políticos, sociais e econômicos. Tratar da questão dos direitos humanos significa não apenas defender os direitos próprios e individuais, mas também buscar a defesa dos direitos que envolvem a sociedade como um todo.

No que se refere aos direitos fundamentais e direitos humanos, é necessário saber que

[...] os Direitos Fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional [...] Direitos fundamentais possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado. (SARLET, 2001, p. 33-34)

Ambos os termos, direitos fundamentais e direitos humanos, são utilizados normalmente como sinônimos, porém, como observado, ambos possuem pequenas distinções. Reconhecer essa diferença não significa, contudo, desconsiderar a íntima relação que esses termos possuem entre si.

Pode-se perceber historicamente que os direitos humanos, reconhecidos como direitos fundamentais nos textos constitucionais, foram, unicamente, os direitos civis e políticos, estando afastados da esfera dos direitos fundamentais os direitos sociais, sendo, desta forma, privados da aplicabilidade imediata e excluídos da garantia das cláusulas pétreas.

Sarlet (2003, p. 122) acredita que, partindo de uma interpretação ética dos direitos humanos, deve-se compreender os direitos sociais como direitos essenciais e, por consequência, fundamentais, podendo-se falar em direitos fundamentais sociais, ou seja, direitos constituídos através do Estado, que exigem do Poder Público políticas sociais que os assegurem.

Os direitos sociais derivam do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por serem direitos que se encontram nas origens da sociedade humana e trazem a ideia de direito em caráter universal.

O princípio da dignidade da pessoa humana ressalva o fato de que todos são iguais perante a sociedade e que merecem ser respeitados, assim como exigem do outro, para uma perfeita e harmonia convivência, o mesmo respeito. Este princípio pode ser visualizado no art. 1º, III da CF/88: “a dignidade deve ser respeitada principalmente pelo Estado, pois este princípio pode ter tido como base para a construção dos Direitos Fundamentais”.

Sobre o tema, ressalta Sarlet:

Com efeito, na medida em que a dignidade é algo inerente à essência do ser humano e que o qualifica como tal, sustenta-se que a dignidade da pessoa humana é algo do qual nem este pode livremente dispor, sendo, portanto, irrenunciável, inalienável e intangível. Relembre-se, neste contexto, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade, e é a dignidade de cada pessoa que deve ser objeto do respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade. (2001, p. 114)

Desta maneira, o estudo dos Direitos Fundamentais é essencial para obter o conhecimento de que os direitos do cidadão são pilares para o exercício da democracia, e que seu reconhecimento é crucial na formação de um estado democrático onde o cidadão seja consciente de seus direitos civis, políticos e sociais.

Para constatar se os acadêmicos(as) da Unesc têm consciência de quais são seus direitos e de sua importância na sociedade, foi trazido o seguinte questionamento:

Tabela 2

“Para você, quais os três direitos mais importantes que devem ser prestados aos brasileiros, em ordem de preferência?”

tres direitos	Freq.	%
Saúde	325	88,3%
Educação	278	75,5%
Segurança	96	26,1%
Vida	95	25,8%
Emprego	75	20,4%
Moradia	49	13,3%
Igualdade	46	12,5%
Respeito	39	10,6%
Tratamento digno e humanitário	38	10,3%
Liberdade de escolha	30	8,2%
Cidadania	12	3,3%
Lazer	11	3,0%
Liberdade de religião	4	1,1%
Votar	3	0,8%
Transporte	2	0,5%
Outros	1	0,3%
TOTAL OBS.	368	

Ao se observar o resultado da questão, constata-se que os acadêmicos consideram de forma primordial o direito à saúde, sendo lembrado em 88,3% dos casos. E pasmem! O direito à vida foi citado apenas 25,8%, em ordem de preferência, ficando atrás do direito à saúde, educação e segurança. Ou seja, é nítido que os acadêmicos não têm uma visão correta da importância dos direitos que lhes são inerentes, pois o direito à vida, o qual é o pressuposto para os exercícios dos outros direitos, aparece como o quarto colocado. Logo, o direito à vida garantido no *caput* do artigo 5º da CF/88 é considerado cláusula pétreia e de fundamental importância para qualquer ser humano. Tal resultado evidencia que os acadêmicos têm uma maior percepção e consciência dos direitos sociais (coletivos), os quais são constantemente reivindicados por grupos organizados na sociedade.

3 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Duas questões básicas formam o pano de fundo desta pesquisa. Em primeiro lugar, examinar o papel dos direitos humanos e fundamentais, especificamente no que tange aos direitos humanos com relação aos condenados criminalmente, aos afrodescendentes e aos homossexuais (gays, lésbicas, transexuais, transgêneros), dentro da esfera da opinião do corpo discente da Unesc.

Em segundo lugar, analisar se os(as) acadêmicos(as) reconhecem a existência do preconceito e da discriminação contra as minorias, visto que, nas sociedades modernas, espera-se que a universidade seja o lugar privilegiado da formação de cidadãos(ãs).

3.1 A QUESTÃO SOBRE A HOMOSSEXUALIDADE (LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS)

A homossexualidade é uma orientação afetivo-sexual do ser humano, caracterizada pelo comportamento de atração por pessoas do mesmo sexo biológico. Etimologicamente, homossexual vem do grego *homo* ou *homeo*, “elemento de composição que exprime a ideia de semelhança, igual, análogo, ou seja: homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa figura, ou aspira ter” (NAHAS, 2006, p. 111).

Em função de preconceitos que predominam em grande parte da sociedade, os indivíduos que são incompatíveis com o sistema de valores dominantes acabam recebendo um tratamento desigual em relação à maioria da população. Exemplo disso é o caso do grupo LGBTTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais). Desta forma, enfatiza-se que a grande problemática de uma sociedade é o fato de que: “tudo que situa fora dos estereótipos acaba por ser rotulado de ‘anormal’, ou seja, fora da normalidade, o que não se encaixa nos padrões, visão polarizada extremamente limitante” (DIAS, 2000, p. 145).

Assim, pode-se dizer que, o grupo LGBTTT, dentro da sociedade, é tratado de forma discriminatória por muitas pessoas, sofrendo inúmeras humilhações, fato que demonstra que as relações homossexuais, ainda hoje, são objeto de intenso preconceito e violência no âmbito social.

O exercício livre e autônomo da homossexualidade é decorrente do reconhecimento dos direitos de cidadania da pessoa homossexual e, logo, de seus Direitos Humanos e Fundamentais.

Assim, uma boa forma de saber como os universitários reconhecem os direitos que o grupo LGBTTT possui, é verificando a opinião sobre o assunto, como demonstram os gráficos a seguir.

Gráfico 1

“Se fosse proposta a realização de uma Parada do Orgulho Gay na Avenida Centenário, em Criciúma, você acha que:”

	Freq.	%
Somente atrapalharia o trânsito.	102	27,7
Deveria existir.	92	25,0
Não existe necessidade, além de atentar contra a moral.	81	22,0
Seria um absurdo, mau exemplo para as crianças.	47	12,8
Deveria ser realizada, pois existem gays em Criciúma.	45	12,2
Não respondeu.	1	0,3
Total	368	100

Note que, somadas as seguintes proposições: “somente atrapalharia o trânsito”, “não existe necessidade, além de atentar contra a moral” e “seria um absurdo, mau exemplo para as crianças”, que equivalem a uma contrariedade à realização de uma parada gay, teremos o percentual de 62,5%, enquanto que, somando as proposições “deveria existir” e “deveria ser realizada, pois existem muitos gays em Criciúma”, que equivalem à concordância com a realização da parada gay obtêm-se 37,2%. Observando este conjunto de respostas reunidas, constata-se que a manifestação pública da orientação sexual é recriminada pelos(as) acadêmicos(as), já que a grande maioria visualiza tal evento como um mau exemplo, um ato que atenta

contra a moral e até atrapalha o trânsito. Desta forma, com relação à manifestação pública da homossexualidade, observa-se que ainda há preconceito na sociedade, em especial, entre os(as) acadêmicos(as).

Os resultados do gráfico abaixo foram obtidos através do cruzamento entre as respostas dos acadêmicos das UNAs. Neste gráfico, somente as respostas concernentes à UNA de Ciências Sociais Aplicadas, a qual inclui os cursos de Comércio Exterior, Ciências Contábeis, Direito, Secretariado Executivo, Economia, Tecnologia em Gestão de *Marketing*, Tecnologia em Processos Gerenciais e Tecnologia em Gestão de Recursos Humanos, é que serão analisadas.

Gráfico 2

O que você faria com seu filho(a), se descobrisse que ele(a) é homossexual ou lésbica?:"

UNAs	UNA Ciências da Saúde	UNA Ciências Sociais Aplicadas (%)	UNA Ciências Engenharia e Tecnologias (%)	UNA Humanidades, Ciência e Educação (%)	TOTAL
Filho					
Levaria seu filho a um médico ou psicólogo	9,1 (5)	49,1 (27)	25,5 (14)	16,4 (9)	100 (55)
Não aceitaria a orientação sexual dele(a)	32,1 (9)	32,1 (9)	21,4 (6)	14,3 (4)	100 (28)
Apoiaria a decisão de seu filho	30,5 (32)	31,4 (33)	15,2 (16)	22,9 (24)	100 (105)
Não se importaria com a orientação sexual dele(a)	7,9 (3)	44,7 (17)	28,9 (11)	18,4 (7)	100 (38)
Expulsaria o(a) filho(a) de casa, pois se ele(a) escolheu ser a assim	0,0 (0)	28,6 (2)	42,9 (3)	28,6 (2)	100 (7)
Não saberia responder	16,3 (22)	39,3 (53)	21,5 (29)	23,0 (31)	100 (135)
TOTAL	19,3 (71)	38,3 (41)	21,5 (79)	20,9 (77)	100 (368)

Da mesma forma, percebe-se uma nítida resposta preconceituosa ao questionamento. Dadas as diversas proposições como alternativas de respostas, é curioso observar que, dentre os acadêmicos da UNA de Ciências Sociais Aplicadas, os quais presume-se serem alunos com um pouco mais de conhecimento referente aos aspectos sociais concernentes ao ambiente de vida em que se encontram, elas permearam o senso comum.

Há de se destacar que a grande maioria desses acadêmicos encaminharia o filho a um tratamento médico e psicológico ante a descoberta de que ele é homossexual, uma demonstração de que, justamente em uma área em que se esperava um pouco mais de compreensão a respeito das diferenças de cada sujeito, ainda há resquícios muito fortes de preconceito, principalmente no tocante à orientação sexual.

3.2 A QUESTÃO DOS CONDENADOS CRIMINALMENTE

No que tange aos condenados criminalmente, vale aqui dar destaque aos princípios constitucionais que protegem os presos de sofrerem punições “além” das tipificadas pelo Código Penal. Pois, embora percam o direito à liberdade por determinado lapso de tempo definido, eles não perdem o direito à saúde, que é um direito fundamental e que pertence a todos e todas, “o direito à integridade física e tratamento humano”, conforme dita a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XLIX.

Dessa maneira, o preso é sim detentor de direitos, e esses devem ser respeitados, portanto, o preso deve ter seus Direitos Fundamentais reconhecidos, salvo: “a liberdade de ir e vir, o direito de votar e ser votado”:

Assim, possui ele, por um lado, o direito de respeito à vida, a igualdade, à segurança e à propriedade, e, por outro, o direito de exigir educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência (direitos fundamentais = direitos de liberdade + direitos sociais). (SCHIMIDT, 2002, p. 265)

Seguindo este raciocínio, cabe aqui enfatizar o princípio do devido processo legal, princípio este elencado no artigo 5º, LIV, da CF/88, o qual:

Dá ao preso o direito de que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ele. (MELLO; TORRES, 1999, p. 416)

Do princípio do devido processo legal deriva outros princípios mais específicos direcionados à proteção dos condenados criminalmente, quais sejam, o princípio da dignidade humana, da legitimidade, da insignificância, da proporcionalidade, da humanidade e da legalidade. Esses princípios não têm só a função de garantir a proteção dos direitos fundamentais dos presos, mas também a de limitar o poder de punição do Estado. “O Estado não apenas está legitimado para controlar a criminalidade, mas é autolimitado pelo Direito Penal no exercício desta função punitiva, realizando-a no marco de uma estrita legalidade e garantia dos Direitos Humanos do imputado.” (ANDRADE, 1997, p. 137).

Deste modo, o Estado tem o dever de garantir aos presos os direitos que a lei lhes confere. Pois, se os presos cumprem a sanção penal imposta na sentença condenatória, o Estado então deve cumprir ao que lhe cabe.

Portanto, a condição do apenado não exclui os direitos fundamentais que lhes são inerentes, possuindo, desta forma, todas as garantias conferidas a um cidadão, com exceção da liberdade de ir e vir e suas decorrências, devendo o Estado respeitá-las.

Assim, entende-se que a opinião dos(as) universitários(as), quanto aos direitos que os condenados criminalmente devem ter, é uma boa maneira de saber, como os(as) universitários(as) reconhecem os direitos deste grupo, conforme mostram os dois gráficos a seguir.

Gráfico 3

“Determinados crimes como estupro de crianças e maus-tratos a idosos geram reações fortes na população. Algumas pessoas tentam até mesmo linchar os criminosos. Em relação a esse comportamento você:”

Estupro	Freq.	%
Acha correto, porque serviria de exemplo para outros criminosos não fazerem isso.	95	25,8
Acha que as pessoas não deveriam tomar essa atitude	71	9,3
Acha correto, porque, às vezes, é a única alternativa a ser feita	67	8,2
Tomaria essa atitude se a vítima fosse da sua família	55	4,9
Acha que as pessoas não deveriam tomar essa atitude e repudiar totalmente esta prática	40	0,9
Não saberia responder	39	0,6
Não respondeu	1	0,3
Total	368	100

Nesta questão, os(as) acadêmicos(as) têm uma visão generalizada do tema referente ao linchamento, reputando-os como alternativa de se “fazer justiça” na sociedade. Tal forma de “justiça” pelas próprias mãos não pode ser concebida na sociedade organizada, onde existem mecanismos judiciais específicos para “punir” ações que contrariam o ordenamento. Com isso, ações como as de linchamento não devem ser tidas como uma forma de justiça e, principalmente, os(as) acadêmicos(as) precisam se conscientizar que ações como esta não auxiliam na redução da criminalidade, pelo contrário, incentivam o crescimento de atitudes violentas no âmbito social.

Gráfico 4

“Você daria emprego a um ex-presidiário para trabalhar em sua empresa?”

Trabalho presidiário	Freq.	%
Dependeria do crime em que foi condenado	209	56,8
Não sei	73	19,8
Sim	54	14,7
Não	31	8,4
Não respondeu	1	0,3
TOTAL	368	100

Note-se que, nesta questão, a maior parte dos(as) universitários(as) dariam emprego a um ex-presidiário, dependendo do crime que ele havia cometido. Dessa forma, se consegue vislumbrar o quanto de preconceito e medo que a maioria das pessoas tem de um ex-presidiário.

3.3 A QUESTÃO SOBRE OS AFRODESCENDENTES

Num país onde os preconceitos e a discriminação racial não foram zerados, onde os brancos pobres e negros pobres ainda não são iguais, pois uns são discriminados pela condição socioeconômica e outros são discriminados pela condição racial e socioeconômica. A sociedade cria estereótipos para os negros, fato que leva à formação de barreiras que impedem o acesso dos não brancos às oportunidades aumentando a distância social. Neste sentido, Santos:

O mito da democracia racial é uma forma brasileiríssima, bastante eficaz, de controle social. O que espanta os estrangeiros que nos visitam não é esta democracia racial – em que só nós acreditamos –, é a nossa ingenuidade em acreditar nela. (1998, p. 45)

O ser humano deve ser respeitado e tratado como um indivíduo, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação, como já determina a Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso IV. Os princípios de nosso ordenamento jurídico visam proteger as pessoas contra a discriminação, garantindo condições mínimas de sobrevivência de forma saudável.

O Preâmbulo da Constituição Federal consigna o repúdio ao preconceito, o artigo 3º, IV, proíbe o preconceito e qualquer outra forma de discriminação. O artigo 4º, VIII, assinala a repulsa ao racismo no âmbito das relações internacionais e o artigo 5º, XLII, criminaliza a prática do racismo. O racismo é um problema presente na sociedade brasileira e são necessários estudos para identificá-lo e criar estratégias de combate a este preconceito racial.

Por este motivo, entende-se que uma boa maneira de saber se os(as) universitários(as) têm consciência dos direitos que os afro-descendentes possuem, é verificar a opinião relativas a este assunto, como mostram os dois gráficos a seguir.

Gráfico 5

Qual a sua opinião em relação às cotas para pessoas negras ingressarem nas universidades?

Negros – universidade	Freq.	%
Discorda	266	72,3
Concorda	65	17,7
Não saberia responder	37	10,1
TOTAL	368	100

Nesta questão, os(as) universitários(as), em sua grande maioria, afirmam que discordam do ingresso das pessoas negras nas universidades pelo sistema de cotas. Nota-se aqui que, 72,3% dos acadêmicos se manifestaram contra tal sistema, enquanto que somente 17,7% concordam.

Contudo, esta grande maioria não sabe que, a proposta dessa ação afirmativa destinada a impulsionar o ingresso de estudantes negros nas universidades, que nada tem de novo, visa corrigir uma desigualdade histórica, superar a cota de 100% para brancos e permitir que os talentos e potencialidades possam, em igualdade de condições, ser revelados, com base na performance que negros e brancos apresentam em sala de aula (SILVA JÚNIOR, 2003). Pois, a questão fundamental que se coloca é aumentar o contingente negro no ensino universitário e superior de modo geral, tirando-o de 2% em que se encontra depois de 114 anos de abolição.

Gráfico 6

“Você acha que o sistema educacional discrimina os negros?”

Discrimina	Freq.	%
Não	178	48,4
Um pouco	114	31,0
Sim	59	16,0
Não saberia responder	17	4,6
TOTAL	368	100

No que se refere à questão da discriminação do sistema educacional aos negros, a maioria diz que este sistema não discrimina os negros. Nesta questão, nota-se que o senso comum dos(as) universitários(as) mais uma vez prevaleceu, visto que eles apontam que não há de discriminação no sistema educacional para com os negros.

Porém, não é isso que se vislumbra no dia a dia dos sistemas educacionais brasileiros. Uma parte do problema do silêncio diante desse tema é a ignorância, a desinformação, resultado do fato de que a academia silenciou para a sociedade, durante mais de um século, a sua realidade interna de exclusão racial. Somente agora, com a discussão das cotas, começa a abrir-se um pouco a cortina do racismo acadêmico propriamente dito (CARVALHO, 2003).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a aplicação dos questionários aos acadêmicos(as) da Unesc, pode-se dessa forma, analisar se os acadêmicos(as) reconhecem ou não a existência de preconceito e de atos de discriminação contra as minorias ou se estes ignoram a ocorrência desses fatos na sociedade em que vivem. A importância da identificação de tal reconhecimento é que este se constitui como primeiro passo para formular e implementar medidas de combate à sua prática.

Nesta etapa, qual seja, com os resultados da aplicação dos questionários, pode-se observar a falta de conhecimento dos(as) universitários(as) no que se refere aos direitos humanos, assim como a grande discriminação que estes têm quanto às minorias que foram estudadas nesta pesquisa. No que se refere aos afrodescendentes, a grande maioria dos(as) universitários(as), quando a pergunta se refere as cotas, a grande maioria dos(as) universitários(as) se mostra contrária a essa implementação. Já com relação aos homossexuais, constata-se que os(as) universitários(as) recriminam esse tipo de orientação sexual, uma vez que, indagados sobre uma possível parada gay na principal avenida da cidade, os(as) universitários(as) consideram esse evento como um mau exemplo, algo que atenta contra à moral. Neste ponto, os(as) universitários(as) esquecem-se que este grupo também é possuidor de direitos, como o de expressão. Com relação aos condenados criminalmente, a grande maioria dos universitários se mostrou preconceituosa, pois, estes, em sua maioria, acham correto que determinados crimes, como, por exemplo, o estupro, podem ter também como punição o linchamento efetuado pelas pessoas em geral, esquecendo-se que as pessoas presas, embora percam o direito à liberdade de ir e vir por determinado lapso de tempo, continuam sendo titulares de inúmeros direitos, entre eles, o direito à integridade física e ao tratamento humano.

Dessa forma, percebe-se um preconceito estigmatizante entre os(as) entrevistados(as). Verifica-se que os(as) universitários(as), ainda que sejam considerados como um grupo privilegiado dentro da sociedade, são pessoas as quais possuem muito preconceito, e que ainda têm muito a aprender sobre os direitos, os quais todas as pessoas possuem, direitos esses que devem ser respeitados. Por essa razão, é que se faz necessária a criação de uma disciplina de direitos humanos nos cursos de graduação da Unesc, para que os(as) universitários(as) possam ter conhecimento dos direitos que são inerentes a todos os seres humanos, pela sua condição de sujeitos de direito.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. 8. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 7. ed. Portugal: Editora Almedina, 2000.
- CARVALHO, José Jorge de. *Ações afirmativas para negros na pós-graduação, nas bolsas de pesquisa e nos concursos para professores universitários como resposta ao racismo acadêmico*. INEP/MEC: Brasília, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- NAHAS, Luciana Fáisca. *União homossexual: proteção constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. 448p.
- RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. 928 p.

SILVA JÚNIOR, Hédio. *Ação afirmativa para negros(as) nas universidades: a concretização do princípio constitucional da igualdade*. INEP/MEC: Brasília, 2003.

SPENCER, Colin. *Homossexualidade: uma história*. Trad. de Rubem Mauro Machado. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS: O DESAFIO CONTEMPORÂNEO ALGUMAS CONSIDERAÇÕES E PROPOSTAS

Clovis Gorczewski

Advogado, doutor em direito, professor da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: clovis.g@terra.com.br.

Caroline Müller Bitencourt

Advogada, mestre em Direito, professora da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: caroline.mb@terra.com.br.

1 EDUCAÇÃO – DE PRIVILÉGIO A DIREITO

O reconhecimento da importância da educação para a formação do indivíduo – consequentemente, para a formação de uma sociedade – remonta as primeiras sociedades politicamente organizadas. Ao se criarem segmentos privilegiados, a educação passa a ser dirigida à formação das classes dominantes – educadas para conquistar, governar e dirigir. Precursoras da sociedade ocidental, na Grécia e em Roma, a educação não era diferente, só possui acesso ao conhecimento quem dispõe de vultosas quantias¹.

¹ É verdade que, ainda no século IX a.C., em Esparta, Licurgo, percebendo a importância da educação para o Estado, transformou-a em obrigatória para crianças a partir dos 7 anos. Também em Roma, durante o Império, a educação passa a ser pública. Nos dois casos a educação é dirigida a interesses do Estado. Enquanto o objetivo de Roma era romanizar o mundo, permitindo acesso à cultura romana e capacitar funcionários para a burocracia estatal, Esparta tinha como objetivo transformar o indivíduo num soldado ideal: cora-

Com a invasão dos bárbaros e a fragmentação do poder, a cultura greco-romana somente não desapareceu por completo pela ação da Igreja – única instituição a manter uma certa unidade – e que assume a tarefa de educar. A educação passa agora a ter um fim maior: a salvação da alma e da vida; que ocorre nos mosteiros e passa a ser a principal ferramenta da Igreja para manter e reforçar seus dogmas e poderes, e continua sendo destinada à formação das classes dominantes – nobreza e aristocracia – agora acrescida de uma nova classe: o clero.

A ideia de popularizar a educação, levando-a a todas as camadas sociais, inicia, a partir do século XVI, um período em que a sociedade europeia vive profundas transformações. A ruptura da unidade religiosa pela Reforma, o descobrimento do Novo Mundo, o auge de uma nova ciência e de um novo método de conhecimento, o desenvolvimento do primeiro capitalismo, o desenvolvimento do comércio e da indústria, a ascensão da burguesia, a queda do feudalismo e o surgimento do Estado Moderno, o renascimento cultural desenvolvendo ideias de uma cultura centralizada no homem e não mais em Deus, o racionalismo rejeitando as explicações religiosas que já não justificavam mais os fenômenos naturais, etc.

É neste momento de grandes transformações que a educação vai ocupar papel de destaque no interesse e na preocupação de intelectuais e políticos, que passam a considerá-la como a ferramen-

joso, lutador, conquistador, obediente às leis e a hierarquia e capaz de suportar o trabalho árduo. Em Atenas, como os escravos garantiam a sobrevivência dos cidadãos, cabia aos jovens, financeiramente favorecidos, a dedicação à política e à cultura. A democracia exigia grande habilidade com as palavras e conhecimento para gerir os negócios públicos. A escola sofista surge para atender às necessidades das classes mais abastadas. Tudo inicia, diz Brandão: quando a riqueza da polis grega criou na sociedade estruturas de oposição entre livres e escravos, entre nobres e plebeus, aos meninos da elite guerreira e mais tarde a elite togada, a educação passa então a ser dirigida. O mesmo ocorreu em Roma quando uma nobreza enriquecida com a agricultura e o saque abandona o trabalho da terra pelo da política e cria as regras do Império. A educação passa, então, a preparar o futuro guerreiro, o funcionário imperial e os dirigentes do Império. (BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. 40. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 37-51)

ta única para se transformar a natureza humana no sujeito exigido pelos novos tempos.

Até então, por ser incompatível com o dogmatismo religioso, a educação rechaçava o pensamento aristotélico, que encorajava a procura da verdade real por meio do livre questionamento. A partir do século XVII, ensina Pisón (2003, p. 18), destacados pensadores põem em manifesto o lastimável estado da educação pelo excessivo controle clerical, o estudo de matérias inúteis e a divisão entre congregações rivais. Denunciam o fanatismo religioso, a ignorância e a superstição e aumentam as propostas sobre a educação e sobre seu caráter reformador.

Neste período, em que o saber não era um conhecimento autônomo e nem havia se alcançado um nível de especialização da atualidade, são os filósofos quem elaboram as primeiras propostas sobre educação. Estas propostas pedagógicas do Iluminismo, bem como a formulação de uma nova utopia social e política, não seriam possíveis sem a contribuição do pensamento de Locke, Rousseau, Voltaire, Chalotais, D'Alambert, Diderot, Genovesi, Schiller, Basedow, Comênio, Mill, Humboldt e tantos outros.

Por certo que a educação já era objeto de preocupação por parte das autoridades políticas e especialmente da Igreja, que pretendia depositar nas ordens religiosas a responsabilidade pelo ensino dos filhos da nobreza e da pujante burguesia, pois suas pretensões e seu poder se enfraqueciam ante os novos fatos. Mas as alterações no saber, na ciência e na ordem social também afetaram as propostas educativas imperantes. Inicia-se, assim, uma tendência de estender a educação a outras camadas sociais, como prelúdio da escolarização universal, uma tendência à secularização dos conteúdos e uma maior intervenção dos poderes públicos nesse âmbito. As iniciativas, a princípio, serão pontuais e muito concretas e, por isso, têm uma repercussão social bastante limitada.

Mas o interesse pela educação é crescente entre filósofos e intelectuais, sobretudo pelo desejo de introduzir a razão nas coisas humanas. A educação era um dos instrumentos mais poderosos contra o que consideravam os maiores erros da humanidade:

a superstição, o fanatismo, os dogmas religiosos. Então, a partir da segunda metade do século XVIII, seria um período de desenvolvimento da teoria da educação e, ao mesmo tempo, em virtude do início dos impulsos revolucionários, surgiria a oportunidade do seu reconhecimento jurídico. Produzir-se-á, pois, a passagem da discussão teórica para o mundo do Direito, ainda que seu *status* jurídico seja objeto de polêmica durante todo o século XIX; pois o direito à educação não terá o mesmo tratamento, nem caráter que os outros direitos e liberdades, prontamente reconhecidos nas primeiras Declarações. Ocorre que o direito à educação não pertence à primeira geração de direitos, mas alcançará seu reconhecimento tão somente nos direitos econômicos, sociais e culturais.

Tão somente nas primeiras décadas do século XX, as constituições nacionais começam a fazer referências à educação como direito. É esse um período onde os direitos sociais começam a se sensibilizar e, conseqüentemente, há uma acentuação nos compromissos do Estado, a fim de assegurar a todos os cidadãos o direito a formação geral.

As primeiras manifestações constitucionais, reconhecendo a educação como direito, vão ocorrer na Constituição mexicana de 1917 e na Alemã de 1919. Contudo, a criação de sistemas públicos de educação, extensivos a todas as camadas sociais e sua determinação de obrigatoriedade, somente vai ocorrer com o surgimento do Estado social, principalmente, a partir da Segunda Guerra Mundial, quando os Estados, principalmente os mais desenvolvidos, começam a destinar um elevado percentual dos investimentos públicos para cobrir os gastos com a educação, cumprindo, assim, este compromisso social. Desde então, com avanços e recuos, tem se mantido como direito social e dever do Estado em oportunizá-la.

Atualmente, não obstante o ressurgimento de ideias liberais e o desmantelamento do Estado Social, a educação está consagrada como um direito fundamental amplamente reconhecido na maioria das constituições dos Estados Modernos e por textos internacionais relativos aos direitos humanos. Como bem lembra Pisón, trata-se de uma conquista histórica, fruto de tensões, de lutas, de inicia-

tivas de todo tipo e, também, de um desenvolvimento doutrinal não isento de polêmicas (PISÓN, 2003, p. 54).

2 AS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS

No âmbito internacional, a questão da educação como um direito vai surgir pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos do Homem que, já em seu preâmbulo, convoca “cada indivíduo e cada órgão da sociedade” para que, tendo sempre em mente a Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, para promover o respeito aos direitos e liberdades ali previstos. Depois, no artigo XXVI, expressa que toda pessoa tem direito à educação, que esta será gratuita e obrigatória, pelo menos nos graus elementares e fundamentais, e que deverá ser orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e no fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. Ademais, deverá a educação promover a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações e grupos raciais ou religiosos, em prol da manutenção da paz.

Contudo, é o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, além de ampliar este direito, lhe dá exigibilidade, pois possui força cogente para os Estados que o ratificaram. Neste Pacto, os Estados reconhecem expressamente o direito de toda pessoa à educação e concordam que esta deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participarem efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Dentre outras medidas, comprometem-se a: (a) assegurar o pleno exercício desse direito; (b) tornar a educação primária obrigatória, gratuita e acessível a todos; (c) tornar generalizada e acessível a todos a educação secundária em suas diferentes formas, e a superior, com base na capacidade de cada um,

bem como implementar progressivamente sua gratuidade; (d) implementar programas de educação para adultos que não receberam educação na idade apropriada; e (e) implementar um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

No âmbito regional, temos a Carta da Organização dos Estados Americanos, aprovada em 30 de Abril de 1948. Depois de declarar seus propósitos, os Estados americanos reafirmam seus princípios, dentre os quais destacam-se a educação dos povos, que deve orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz. Concordam os Estados que, a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, seus objetivos básicos e, para alcançá-los, convém dedicar seus maiores esforços à consecução de metas específicas, dentre elas a rápida erradicação do analfabetismo e ampliação, para todos, das oportunidades no campo da educação. Assim, declaram atribuir primordial importância ao estímulo da educação, da ciência, da tecnologia e da cultura, buscando cooperar entre si, a fim de atender às necessidades da educação, promover a pesquisa científica e impulsionar o progresso tecnológico para seu desenvolvimento integral.

Em novembro de 1969, é aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica. Nela, os Estados-partes comprometem-se a adotar todas as providências necessárias, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos.

Nos últimos anos, um incontável número de textos internacionais sobre os mais variados temas fazem referência direta à educação, muitos dos quais a elegem como a mais eficaz forma de implementação do pactuado. Dentre os mais importantes, podemos destacar: A Convenção Internacional sobre a eliminação de todas

as formas de discriminação racial; a Convenção para a repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio; a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará); a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; a Convenção-quadro sobre meio ambiente do Mercosul; a Convenção-quadro das Nações Unidas sobre a mudança do clima; o Protocolo de Quioto à Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudança de clima; a Convenção sobre a diversidade biológica; a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência; Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções; Declaração de Princípios sobre a tolerância; Declaração sobre o direito ao desenvolvimento; Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e tantas outras de incontestável importância. Parece que, finalmente, a sociedade internacional deu-se conta da importância da educação para a consecução dos objetivos estabelecidos na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

3 EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS

Não obstante, o reconhecimento da importância da educação como ferramenta eficaz para se formar um indivíduo remonta há milênios, e tão somente agora a sociedade deu-se conta de uma educação voltada aos Direitos Humanos. Talvez porque vivemos momentos tão sombrios, fruto do esquecimento dos valores primários, em especial, da ética e da justiça, que parecem evaporarem-se nestes novos tempos.

Obviamente seria ingenuidade imaginar que a educação resolverá todos os problemas atuais da humanidade. Pode, contudo, ajudar a entender suas causas e oferecer material para análise e para a tomada de atitudes e comportamentos que certamente em muito amenizariam os males contemporâneos que todos estamos à mercê. Educar para os direitos humanos é criar uma cultura pre-

ventiva, fundamental para erradicar a violação dos mesmos. Com ela, conseguiremos efetivamente dar a conhecer os direitos humanos, distingui-los, atuar a seu favor e, sobretudo, desfrutá-los. Como disse Escobero,

Consideramos la educación en derechos humanos como una importante herramienta para la prevención de las violaciones de derechos humanos, fomentando la conducta y las actitudes basadas en la tolerancia, la solidaridad y el respeto. Creando sociedades donde la protección de los derechos humanos sea comprendida por todos – y responsabilidad es de todos – la educación en derechos humanos puede desempeñar un papel a muy importante en la protección de estos derechos. (MARTÍNEZ, 2006, p. 25)

A necessidade de uma educação voltada para os direitos humanos aparece de forma incipiente e indireta na Carta das Nações Unidas – “[...] tomar medidas efetivas para evitar ameaças à paz [...] chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias [...]” (artigo 1, item 1); “Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos [...]” (artigo 1, item 2); “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. (artigo 1, item 3) e, de forma explícita, na Declaração Universal dos Direitos do Homem – “[...] cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, [...]”. (Preâmbulo)

A Unesco – agência especializada das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – atenta às necessidades da educação, adotou inúmeras ações internacionais para levar a cabo uma educação em direitos humanos. Dentre suas principais ações destacam-se: (a) a realização do Congresso Internacional sobre o Ensino de Direitos Humanos (Viena, 1978), o Congresso de Malta e a

Recomendação sobre o Ensino, Documentação e Informação sobre Direitos Humanos (Malta, 1987); o Foro Internacional “Educação para a Democracia” (Túnis, 1992); o Congresso Internacional sobre Educação para os Direitos Humanos e a Democracia e a elaboração do Plano de Ação Mundial para a concretização desta educação (Montreal, 1993) e a 44ª Reunião da Conferência Internacional de Educação (1994).

Sensibilizada com a resposta da sociedade internacional às iniciativas da Unesco, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 49/184, de 21 de dezembro de 1994, proclamou que o decênio que se iniciaria em 1º de Janeiro de 1995 seria designado como *Decênio das Nações Unidas para a Educação em Direitos Humanos*. Atendendo à determinação da Assembleia Geral, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos apresentou um Plano de Ação denominado “Plano de ação das Nações Unidas para a Educação no Âmbito dos Direitos Humanos, 1995 a 2004: Educação no Âmbito dos Direitos Humanos – lições para a vida”². Depois de definir a educação para os Direitos Humanos “como o conjunto de atividades de capacitação, difusão e informação encaminhadas para criar uma cultura universal no âmbito dos direitos humanos, atividades que se realizam transmitindo conhecimentos e moldando atitudes [...]” são definidos seus objetivos: (a) fortalecer o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais; (b) desenvolver plenamente a personalidade humana e o sentido da dignidade do ser humano; (c) promover a compreensão, a tolerância, a igualdade entre os sexos e a amizade entre todas as nações, as populações indígenas e os grupos raciais, nacionais, étnicos, religiosos e linguísticos (d) facilitar a participação eficaz de todas as pessoas em uma sociedade livre (e) intensificar as atividades das Nações Unidas na manutenção da paz.

Expressamente, a Assembleia Geral declara que considera fundamental para o êxito das atividades previstas no plano de ação, a participação ativa não somente dos governos e dos órgãos especializados das Nações Unidas, mas especialmente de organizações

² A/51/506/Add.1, de 12 de dezembro de 1996.

não governamentais, organizações de base comunitária e associações profissionais. Para tanto, faz um chamamento e

insta as organizações não governamentais internacionais, regionais e nacionais, particularmente as interessadas nas questões relativas à mulher, ao trabalho, ao desenvolvimento e ao meio ambiente, assim como a todos os demais grupos dedicados à justiça social, aos defensores dos direitos humanos, aos educadores, às organizações religiosas e os meios de informação, para que ampliem sua participação na educação escolar e não escolar, no âmbito dos direitos humanos e cooperem com o Centro de Direitos Humanos na execução das atividades do Decênio das Nações Unidas para a educação em direitos humanos.³

4 CONTEÚDOS E OBJETIVOS

A importância da educação para o indivíduo e para a sociedade, bem como a necessidade de implementar-se uma educação voltada ao conhecimento, ao respeito e ao exercício dos direitos humanos, parece ser matéria absolutamente pacífica e unânime. Esta é, sem dúvida, a melhor forma de afiançá-los e protegê-los. Embora o próprio Plano de Ação das Nações Unidas tenha apontado os objetivos, o grande desafio está na definição concreta dos conteúdos a serem abordados, pois a questão é propícia à ideologização e Roig encontra ainda outros dois desafios: o problema de metodologia e a questão de poder (ROIG, 2006, p. 10-11).

O primeiro desafio, a questão da ideologia, tem a ver com o fato de que a educação não é um instrumento neutro (embora alguns ainda assim a definam e, modernamente, há uma tendência vinculada à ideologia da globalização, em assim concebê-la). Desta forma, a simples opção por esta educação é uma questão ideológica, assim como será a definição do próprio conteúdo a ser abordado porque há uma multiplicidade de concepções e conceitos sobre direitos humanos.

³ Introdução, item 6. A/51/506/Add.1, de 12 de dezembro de 1996.

O problema da metodologia tem a ver com a falta de um acordo de como se dará esta educação. Basicamente, há duas posições: aqueles que defendem como estratégia um modelo de educação formal, isto é, através de uma disciplina específica, com conteúdo fixo e avaliações formais, e os que defendem um modelo de educação transversal, isto é, a questão dos direitos humanos estaria presente em todos os conteúdos das mais diferentes disciplinas.

Há ainda, segundo Roig, o problema do poder, que se refere a outro tipo de questão, longe da principal, mas que interfere nesta de forma contundente. Trata-se da determinação de quem serão os educadores e quem definirá os conteúdos e os objetivos (a questão dos educadores é, sem dúvida, uma grande dificuldade de ordem prática que abordaremos a seguir).

Para assegurar que o enfoque não seja manipulado por governantes de ocasião e evitar-se a politização da disciplina, podemos limitar seu conteúdo ao estudo dos direitos humanos (história, fundamentação, evolução), aos direitos e liberdades assegurados em nossa Carta Magna, aos princípios que regem nosso Estado, às obrigações e responsabilidades dos governantes e, especialmente, à utilização das garantias constitucionais, bem como o estudo dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, evitando-se a discussão sobre casos concretos e, especialmente, sobre temas ainda não pacíficos na sociedade.

É evidente que não podemos ignorar que os instrumentos de garantia e organização político-jurídica de nosso Estado inserem-se no contexto global em que vivemos. Assim, além dos valores que derivam de nossas Constituições, necessariamente, há de se abordar os novos elementos que se encontram no horizonte político-cultural. As guerras, a contaminação ambiental, a ameaça nuclear, o incremento da pobreza, as desigualdades sociais, os riscos dos avanços tecnológicos, o recrudescimento das manifestações de discriminação, violência, exclusão social, étnica, racial e de gênero são fatos que não podem deixar de ser abordados. Então, como bem lembra Rubio (2007), não há como evitar também a abordagem dos seguintes temas.

(1) Democracia – pois como cidadão, são inúmeras as esferas para o exercício de nossos direitos e a atuação de maneira participativa na consecução dos objetivos estabelecidos pela soberania popular.

(2) Cultura da paz – Quando se expressa a preocupação em buscar soluções pacíficas para os conflitos, se promovem valores democráticos de convivência social, se preservam as relações humanas e se cresce como sociedade ao mesmo tempo em que se cresce individualmente⁴.

(3) Solidariedade e cooperação – Uma característica de todo ser humano é a predisposição por ajudar a quem necessitar. O princípio da solidariedade e da cooperação deve ser sempre trabalhado e valorado.

(4) Diversidade e multiculturalismo – Uma característica marcante da sociedade moderna foi sua rápida transformação em comunidades multiculturais, multiétnicas e multirreligiosas. Assim, a aceitação do pluralismo e uma educação multicultural junto com o respeito às diferenças é vital para evitar-se o racismo, a xenofobia e o ódio de quem não entende o diferente.

(5) Gênero e sexualidade – Uma das mais antigas discriminações é a questão do gênero e até hoje dificilmente é abordada nas escolas com a profundidade que merece. Há ainda a delicada questão da opção sexual, da contracepção, o cuidado e prevenção às DST.

(6) Consumo responsável – o sistema capitalista nos impõe uma cultura consumista altamente danosa, que despreza os direitos dos consumidores bem como a proteção do meio ambiente. Faz-se necessário os cidadãos terem absoluto conhecimento sobre suas reais necessidades e seus direitos como consumidores.

(7) Meio ambiente – Uma cidadania responsável inicia dentro de nossas casas, utilizando a água com critério, poupando energia, separando o lixo para reciclagem e tantas outras medidas simples e eficazes que em muito contribuirão para a preservação ambiental e o desenvolvimento sustentável.

⁴ Para aprofundar o tema, ver GORCZEWSKI, Clovis. *Jurisdição Paraestatal: solução de conflitos com respeito a cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

E ainda há de permitir-se, por certo, uma necessária adaptação às realidades locais: responsabilidade no trânsito, drogas, violência urbana, reciclagem, desenvolvimento sustentável e outros entendidos como temas importantes para as comunidades locais. São os objetivos específicos que vão determinar os conteúdos e estes devem ser fixados pela sociedade, em resposta à seguinte questão: como queremos nossos filhos? É evidente que a educação deve formar cidadãos responsáveis e participativos, aliás, lembra Kymlicka (2003, p. 343), esta foi uma das principais razões para tornar a escola pública e obrigatória. Portanto, a educação deve incluir também, mas superar em muito, a educação cívica. Assim, não se pode restringi-la unicamente a questões nacionais – como pregava Aristóteles [s.d.], p. 267), ao afirmar que um cidadão deveria ser educado em harmonia com a forma de governo na qual vive. O conteúdo ideal é o que encontra o equilíbrio entre um conteúdo puramente de direitos humanos (mais universal) e um direito de cidadania (mais local).

5 MÉTODOS E TÉCNICAS

Sendo o exercício dos direitos humanos e da cidadania uma questão fundamentalmente cultural, de mentalidade e hábito, sua efetiva concretização somente será realidade, se insistirmos através do processo educacional. Qualquer uma das formas é eficaz: pela educação formal, através de uma disciplina específica, pelo modelo de educação transversal, ou mesmo pela educação não formal. Aliás, esta polêmica é estéril, adotar uma postura não significa necessariamente eliminar a outra.

Nossa Constituição, em seu artigo 205, prescreve que: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, pelo que entendemos, não se pode restringir a educação ao ensino escolar formal. Neste sentido, ousamos discordar de Kymlicka, quando afirma que *“las escuelas tienen un papel inevitable, en parte porque ninguna otra insti-*

tución social puede tomar su lugar” (2003. p. 351). A educação pode ocorrer em qualquer lugar: nas empresas, nos clubes, nas igrejas, nas associações e sindicatos, nas casas de detenção, etc. Educação não é só ensino, e ensino não é só um tipo de educação definida em currículos escolares. Feliz também é a Carta Magna, quando estabelece que o Estado tem o dever de garantir a educação, mas não o seu monopólio. Muitos Estados, reconhecidamente democráticos, reivindicam o monopólio educacional – eficaz forma de modelar um cidadão, permitindo-lhe o acesso à versão oficial e, talvez, a uma educação domesticadora. Na educação, também deve ser respeitada a opção de escolher entre a oferta pública e a privada, pois cidadania inicia-se com liberdade: o cidadão é, antes de tudo, um homem livre e o homem livre é um cidadão.

Para que a Educação em Direitos Humanos seja realmente efetiva, Chust sugere que a transmissão das informações seja dividida em três etapas: (1) Etapa Cognitiva – onde se apresentam para o aluno informações detalhadas sobre os direitos humanos (história, valores, fundamentação, concretização...) adaptados ao seu desenvolvimento, tanto moral como de aprendizagem. (2) Etapa Emocional – Onde se deve fazer o aluno sentir emoções relacionadas aos direitos humanos e suas violações. Aqui se apresentam depoimentos, fotos, textos, filmes, e tudo o que os façam sentir emoções através de sua identificação com as vítimas. Fazer com que compartilhem a raiva, a frustração e o desespero, para que possam entender o que sentem as vítimas das violações dos direitos humanos (CHUST, 2007, p. 31-33). (3) Etapa Ativa – Depois de informar e emocionar, deve-se aproveitar estes elementos para que os alunos possam canalizar seus desejos de atuar. Este é um elemento fundamental, já que o objetivo da Educação para os Direitos Humanos não é que os alunos somente conheçam a situação dos direitos humanos, nem que simplesmente se identifiquem com as vítimas. Seu verdadeiro objetivo é o de criar cidadãos ativos, participativos, defensores e seguidores dos direitos humanos (CHUST, 2007, p. 31-33).

E quanto ao modelo pedagógico? É significativa a não referência de qualquer modelo nas Declarações Internacionais.

Entendemos que isto vem a corroborar nosso pensamento de que o mais importante não é o modelo. Independentemente de utilizar-se uma pedagogia tradicional, renovada, tecnicista, libertadora ou crítica social, o exemplo é o mais importante. Como disse Turgot: “o problema essencial da educação é dar o exemplo”⁵. Neste tema, afirmamos que o princípio didático mais eficaz é **viver os direitos humanos**. Efetivamente, uma educação voltada aos direitos humanos não se cumpre unicamente em nível discursivo. Como assevera Balestreri (1992, p. 10), a dicotomia entre o discurso e a prática é a negação de qualquer possibilidade educativa. Isto quer dizer que não se pode educar para o respeito aqueles quem não respeitamos; não se pode falar de fraternidade aos que oprimimos; é hipocrisia pregar a participação àqueles a quem calamos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância e a necessidade de se implementar uma educação voltada para os direitos humanos é matéria pacífica. Não obstante, recomendada pelas Nações Unidas, reconhecida pelos Estados e pela sociedade, certamente há uma série de obstáculos de ordem prática à sua implementação como disciplina autônoma ou mesmo como tema transversal.

Além das dificuldades já referidas, há ainda o quase total desconhecimento do objeto. No Brasil, nenhum curso de pedagogia e/ou educação possui tal tema como componente de estudo, ainda pior, mesmo nos cursos jurídicos, raros são os que oferecem a oportunidade de uma profunda e séria abordagem ao tema. Assim, de fato, há uma grande carência de pessoal preparado para assumir tal encargo. Portanto, há necessidade de políticas públicas para a formação destes profissionais, o que nos leva a outra questão: há efetivamente vontade política de nossos governantes em implementar esta educação?

Nosso parecer é que, por sua excepcional importância, tal tema não pode ficar à mercê da vontade política dos governos ou

⁵ *Le grand point de l'éducation c'est de preacher d'exemple* Turgot (1727-1781). Carta a Mme. de Graggigny.

adstrito a um eventual interesse político dos Estados para sua implementação. A sociedade como um todo e cada cidadão de forma individual podem e devem assumir tal tarefa de forma transversal, em todas as oportunidades, por qualquer meio, discorrer sobre direitos humanos, porque, como disse Fernández-Largo

estou absolutamente convicto que sempre que se discute sobre direitos humanos, se está contribuindo para sua propagação. Eles não possuem outro instrumento de difusão senão as convicções que geram à consciência humana. Equivoca-se quem pensa que os direitos humanos se impõem com as armas, com os decretos arbitrários do poder político ou violando a autonomia das consciências. (2006, p. 76)

Urge, pois, uma mobilização geral e um levante dos homens de bem, pois ignorar esta realidade pode ser um erro perigoso, aliás, como dizia Hobbes, *o inferno é a verdade descoberta tarde demais*.

REFERÊNCIAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Educación en Derechos Humanos. Propuestas Didácticas*. Madrid: Sección Española de Amnistía Internacional, 1995.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *História da educação*. São Paulo: Moderna, 2002.

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. O que é educar para a cidadania. In: *Educando para a Cidadania – Os direitos humanos no currículo escolar*. Porto Alegre/São Paulo: Seção Brasileira da Anistia Internacional/Centro de Assessoramento a Programas de Educação para a Cidadania, 1992.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. 40. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

CHUST, José Vicente Mestre. *La necesidad de la educación en Derechos Humanos*. Barcelona: Editorial UOC, 2007.

FERRARI, Marcio. A Pedagogia começa na Grécia antiga. In: *Nova Escola. Revista do Professor. Edição Especial Grandes Pensadores*. São Paulo: Abril, [s/d].

GORCZEWSKI, Clovis. *Jurisdição Paraestatal: Solução de conflitos com respeito a cidadania e aos direitos humanos na sociedade multicultural*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

KYMLICKA, Will. *La Política Vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, 2003.

PILETTI, Claudino & PILETTI, Nelson. *Filosofia e História da Educação*. São Paulo: Ática, 2001.

PISÓN, José Martínez de. *El Derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Madrid: Dykinson, 2003.

RIBOTTA, Silvina (Ed.) *Educación en Derechos Humanos. La asignatura pendiente*. Madrid: Dykinson, 2006.

RUBIO, David Sanchez. *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos. Propuesta didáctica*. Madrid: Algaida, 2007.

O SISTEMA DE COTAS E O ACESSO DA MULHER NEGRA AO ENSINO SUPERIOR PÚBLICO

Virgínia dos Passos Hilário

Advogada. Graduada em Direito pela
Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc).

Ismael Francisco de Souza

Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de
Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade do
Extremo Sul Catarinense (Unesc); Professor de Direito da
Criança e do Adolescente da Universidade do Extremo Sul
Catarinense (Unesc); Pesquisador do Núcleo de Estudos em
Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc).
E-mail: ismael@unesc.net.

INTRODUÇÃO

Desde que o ser humano passou a viver em sociedade, determinadas regras de conduta passaram a ser exigidas dos membros que a compõem, garantindo-lhes assim o bom funcionamento do sistema. A partir de então, criou-se uma consciência de que é preciso lutar para obter alguns direitos, e, em contrapartida, se faz necessário o cumprimento de uma série de deveres.

Assim, no nosso cotidiano, estamos sempre nos deparando com situações conflituosas, nas quais nos vemos inclinados a nos

posicionar, e é diante destas situações que ocorrem diversas discussões, dentre elas a aplicação do sistema de cotas.

Neste vértice, uma polêmica gira em torno do sistema de cotas no ensino superior público brasileiro; atribui-se direito aos pobres, e, conseqüentemente, isso implica a especificidade de classe, trazendo consigo toda a problemática das discussões sobre racismo e preconceito social.

Arelada à questão de classe e raça, está ainda a perspectiva de gênero, que nos faz refletir sobre o papel e o posicionamento da mulher negra diante destas questões. Apresentaremos aqui, alguns argumentos que reforçam a ideia de que esta ação afirmativa personificada nas cotas é voltada, pura e simplesmente, à concretização do princípio constitucional da igualdade.

2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEIO DE INCLUSÃO

Qualquer sociedade que tem por objetivo o desenvolvimento e a democracia, e que deseja que haja igualdade de condições e oportunidades para seus membros, tem como objetivo maior extinguir de vez todas as diferenças existentes. E, para conseguir atingir tal objetivo, se faz necessário um grande investimento na educação do país de maneira prioritária, embora também seja necessário e urgente que os investimentos em saúde, moradia, emprego, distribuição de renda, lazer, segurança, previdência social e outras necessidades sociais também aconteçam.

Uma das alternativas apresentadas pelo Estado brasileiro foi as ações afirmativas que, enquanto políticas públicas básicas, são resultado de uma história de discriminações e exclusões, que possuem como fundamento, assegurar a diversidade e a pluralidade social, respeitando-se o direito à igualdade e o respeito às diferenças (PIOVESAN, 2005).

Nesse vértice, cumpre ressaltar novamente que a nossa Carta Magna, de 1988, exalta em seu preâmbulo que, um Estado Democrático, quando desprovido de preconceitos, dentre outras coisas, tem que assegurar ao povo brasileiro a garantia de direitos

sociais e individuais, como, por exemplo, a liberdade, a igualdade e a justiça (PINTO; WINDT, 2007, p. 7).

Entretanto, diferenças e desigualdades continuam acontecendo, contrariando, assim, o que dispõe a Constituição Federal.

As desigualdades agravam-se e diversificam-se, expressas nas lutas operárias, nas reivindicações do movimento negro, nas lutas pela terra, pela liberdade sindical e pelo direito de greve, nas reivindicações em torno dos direitos à saúde, à habitação, à educação, entre outros, assim como contra a degradação ambiental. Moderniza-se a economia e o aparelho de Estado, mas as conquistas sociais e políticas – ainda que registradas no último texto constitucional – permanecem defasadas, expressando o desencontro entre economia e sociedade, que se encontra na raiz da “prosperidade dos negócios”. (IAMAMOTO, 2008. p. 140)

Visualiza-se, na proposta do sistema de cotas, uma maneira de propiciar uma alternativa a mais no processo de inclusão daqueles que, por conta de toda exploração histórica, comumente vivem de forma excluída. O período de escravidão prolongado em nosso país e a conseqüente falta de apoio aos negros alforriados fez com que a maioria da população negra se desenvolvesse da maneira mais precária possível. Essa falta de apoio governamental foi determinante e se reflete na sociedade negra de hoje.

Sobre o fim do período escravista, Gomes descreve com propriedade:

A liberdade não significava melhoria de vida. [...] Livres, no entanto, os negros forros ficavam entregues à própria sorte, marginalizados por completo de qualquer sistema de proteção legal e social. Em muitos casos, a liberdade era um mergulho no oceano de pobreza composto por negros libertos, mulatos e mestiços, à margem de todas as oportunidades, incluindo educação, saúde, moradia e segurança – um problema que, 120 anos depois da abolição oficial da escravidão, o Brasil ainda não conseguiu resolver. (2007, p. 257-258)

Assim, atesta-se que todos os tipos de exclusão, discriminação, racismo e injustiças devem ser eliminados por completo do dia a dia da nossa sociedade, que possui como uma das suas principais características a miscigenação. Posto isso, torna-se cada vez mais latente e de caráter emergencial a implementação de medidas que diluam de vez com a exclusão étnico-racial. Essas medidas se personificam através de ações afirmativas, que, definitivamente, surgiram para promover o princípio constitucional da igualdade.

As ações afirmativas são políticas de combate ao racismo e à discriminação racial, mediante promoção ativa de igualdade de oportunidades para todos, criando meios para que todas as pessoas que pertençam a grupos sabidamente discriminados possam competir com as mesmas condições na sociedade. As ações também podem ser entendidas como um conjunto de políticas públicas ou privadas, de caráter compulsório, facultativo ou voluntário que têm por objetivo corrigir as desigualdades historicamente construídas. Quanto à sua natureza, elas possuem caráter emergencial e transitório, pois a sua continuidade dependerá da avaliação constante e de comprovada mudança no quadro de discriminação que as originou (MUNANGA; GOMES, 2004).

Esse tema tem total importância para o Brasil, pois afeta diretamente o mais grave dos nossos problemas sociais, e do nosso vergonhoso quadro social. Trata-se das inúmeras maneiras que a sociedade brasileira se utilizou para excluir e discriminar do processo produtivo e, conseqüentemente, da vida social digna um expressivo percentual da população negra: os descendentes de africanos (GOMES, 2005).

Como se vê, as ações afirmativas se destinam a neutralizar e, por consequência, concretizar o princípio constitucional da igualdade, combatendo, assim, manifestações de discriminações que estão enraizadas na nossa sociedade.

Em suma, é um mecanismo sociojurídico que, apesar de ainda ser controverso, veio para viabilizar a harmonia social, que pode ser ameaçada por um grupo que se “desenvolve” alheio ao crescimento e desenvolvimento do país. É um mecanismo criado para tentar di-

minuir, mesmo que de maneira não definitiva, a difícil inserção da presença dos afrodescendentes em todos os setores da sociedade.

3 O SISTEMA DE COTAS BRASILEIRO

Dependendo do ângulo que se vê ou que se conta a História do Brasil, percebe-se que o sistema de cotas sempre existiu no nosso país. É sabido que a desinformação histórica não permitiu que muitos brasileiros tivessem acesso à verdadeira história da nação. Observa-se que os percalços na busca da construção da cidadania dos descendentes de africanos escravizados durante o período colonial no Brasil continuam sendo muitos, e é através da aplicabilidade dessas ações afirmativas que o Estado tenta diminuir a discriminação racial existente no nosso cotidiano, para, assim, fazer valer os princípios de igualdade e a equidade propagados e emanados pelo artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que preceitua: “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 [...]” (PINTO; WINDT, 2007, p. 7).

A demanda por reparações implica fazer com que o Estado e a sociedade tomem medidas para ressarcir os descendentes de africanos negros dos danos psicológicos, materiais, sociais, políticos e educacionais sofridos sob o regime escravista, bem como das políticas explícitas ou tácitas de branqueamento da população, da manutenção de privilégios exclusivos para grupos com poder de governar e de influir na formulação de políticas no pós-abolição. Visa também a que tais medidas se concretizem em iniciativas de combate ao racismo e a toda sorte de discriminações.

Assim, as cotas, embora sejam insuficientes, configuram-se como medidas justas, pois é sabido que, apesar de as diferenças raciais serem biologicamente irrelevantes, sob o ângulo da cultura e da política elas não podem e não devem ser ignoradas, pois não importa a proporção dos negros diante de toda a sociedade. No final das con-

tas, em todas as estatísticas, eles aparecem sempre como os menos instruídos e os que realizam os trabalhos mais mal remunerados.

Porém, a dificuldade que alguns membros da sociedade brasileira têm em admitir que há, sim, muita discriminação (sobretudo racial) fez com que as necessárias políticas públicas direcionadas aos negros não fossem adotadas anteriormente. Assim, foi só em 1995, e sob fortes pressões de diversos movimentos negros, que o governo brasileiro, especificamente sob o comando de Fernando Henrique Cardoso, iniciou publicamente o processo de discussão das relações raciais brasileiras, admitindo oficialmente pela primeira vez na história brasileira que os negros eram, sim, discriminados. Porém, apesar desse primeiro passo, até agosto de 2000, o governo não fez grandes esforços para que a discussão e a implementação de ações afirmativas entrassem na agenda política brasileira. Ao que tudo indica, somente em setembro de 2000, e em atendimento à Resolução 2000/14¹, foi que o governo brasileiro voltou a se manifestar oficialmente e publicamente sobre as relações raciais brasileiras (SANTOS, 2004).

No que se refere à educação, a demanda da comunidade afro-brasileira por reconhecimento, por valorização e afirmação de direitos, passou a ser particularmente apoiada com a promulgação da Lei 10.639/03, que alterou a Lei 9.394/96, estabelecendo a obrigatoriedade do ensino de história e cultura afro-brasileiras e africanas, nos estabelecimentos educacionais brasileiros. Aquela, por sua vez, já foi devidamente alterada pela Lei 11.465/08, que instituiu também o estudo sobre o povo indígena na rede oficial de ensino do nosso país.

Após esse período e várias discussões, a UnB foi a primeira universidade federal a criar cotas para negros, em junho de 2004. O sistema só foi aprovado depois de cinco anos de discussão e hoje os cotistas correspondem a 18,6% dos candidatos, o equivalente a

¹ Esta resolução solicitou aos países que iriam participar da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, que delimitassem as prioridades e obstáculos e que formulassem sugestões de atividades a serem desenvolvidas contra o racismo, a discriminação racial, xenofobia e intolerância. (SANTOS, 2004, p. 16)

4 mil cotistas. Todos os cursos reservam 20% de suas vagas para alunos de cor negra.

Os anticotistas afirmam, porém, que o sistema é ilegal, haja vista ir contra o artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, um dos princípios do direito é a equidade que significa dar a todos, igualdade de condições, ou seja, dar as mesmas oportunidades. Assim, as cotas seriam perfeitamente legais, pois possuem o objetivo maior de diminuir as desigualdades, e não suprimir direitos de outrem. As políticas de ações afirmativas, entre elas as cotas raciais, comprometem-se com a promoção de grupos não atingidos pelas políticas de caráter universal, em nome da efetivação do princípio constitucional de igualdade. Porém o que não se discute e nem poderia, é a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das universidades, plenamente garantidas pela Constituição Federal, no artigo 207. Contudo, enquanto não houver lei que defina a obrigatoriedade de adoção de cotas por parte de todas as universidades federais brasileiras, fica a cargo de cada uma estabelecer se adotam, ou não, a reserva de vagas.

Registra-se que o Projeto de Lei 73/99, que deu origem às discussões e à adoção de programas de cotas sociais e raciais nos vestibulares de universidades públicas do país, já recebeu três substitutivos, dos quais dois são voltados para estudantes indígenas. Todavia, esse projeto foi apensado ao de n. 3.627/2004 do governo federal, e é este “novo” projeto (tramitando há mais de quatro anos) que tem sido usado como base pelas universidades federais para a adoção de cotas nos vestibulares. Em seu artigo 1º, o PL 3.627/2004 define que “as instituições públicas federais de educação superior reservarão, em cada concurso de seleção para ingresso nos cursos de graduação, no mínimo, 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, oriundos também de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo”. Essas vagas deverão ser preenchidas por pessoas que se autodeclararem negras, pardas ou indígenas, no mínimo em proporção igual à quantidade de negros, pardos e indígenas existentes na unidade da Federação onde estiver localizada a instituição de ensino, com base em projeções do Instituto Brasileiro de Geografia

e Estatística (IBGE). Caso as vagas não sejam preenchidas de acordo com esses critérios, o percentual remanescente será destinado aos estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escola pública (UNAFE).

O projeto foi tema de audiência pública conjunta na CCJ, em dezembro de 2008. Após aprovação da CCJ, o projeto ainda será examinado pelas comissões de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e de Educação, Cultura e Esporte (CE), que também participaram da audiência pública, bem como pelo Plenário.

4 O ESTATUTO

Muito mais amplo do que o Projeto de Lei 3.627/04, obteve aprovação no Senado o Estatuto da Igualdade Racial. Dentro deste mérito, o texto contempla, entre outras reivindicações do movimento negro, uma reserva de 20% das vagas para negros em universidades, concursos públicos e até em filmes e programas de televisão. O estatuto é a prioridade da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial.

5 QUESTÕES DE GÊNERO

Não bastassem as desigualdades por conta da cor da pele na nossa sociedade, há, ainda, as diferenças por conta do gênero. A nossa construção histórica, está marcada significativamente, dentre outras razões, por conta das discriminações de gênero e raça. Um grande indicador de como caminha este universo é o mercado de trabalho. Através dele, é possível perceber que a inserção das mulheres negras no mercado de trabalho brasileiro é nitidamente desvantajosa. As mulheres, de modo geral, mesmo possuindo maior grau de instrução e melhor qualificação que os homens, quando ocupam os mesmos cargos que estes, normalmente recebem salários inferiores. Foi o que apontou a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em algumas regiões do país, sobre algumas características da inserção da mulher no mercado de trabalho:

Quando o contexto é mercado de trabalho, a maioria dos indicadores apresentados mostrou a mulher em condição menos adequada que a dos homens. Entretanto, estas estatísticas não são explicadas pela escolaridade, visto que, neste cenário, elas ocupam posição de destaque. Aproximadamente 60,0% das mulheres ocupadas tinham, pelo menos, a escolaridade referente ao ensino médio. Todavia, observou-se que as diferenças entre os rendimentos de homens e de mulheres eram maiores entre os mais escolarizados. A remuneração das mulheres com curso superior era, em média, 40% inferior a dos homens. (IBGE, 2008)

Embora as diferenças entre os sexos ainda aconteçam, a história da mulher na sociedade já foi infinitamente pior. Segundo Gonçalves, foi em 1948 que se realizou a 1ª Convenção para o Direito das Mulheres, entrando para a história como o marco inicial do feminismo no Ocidente. Esta convenção teria sido o desfecho do impedimento das mulheres de discutirem a abolição do trabalho cativo, verificando-se que o movimento nasceu da luta contra a escravidão de africanos e seus descendentes, já em 1940. Assim, a Convenção entrou para a história como o primeiro esforço organizado para libertar as mulheres de sua dependência (2006, p. 15-16).

Contudo, o preconceito e a discriminação decorrentes de comportamentos habituais ainda se verificam no nosso cotidiano e devem ser veementemente combatidos, para que se alcance o efetivo exercício de direitos.

Neste contexto, a Constituição Federal vigente representou um grande avanço apresentando em seu artigo 3º a igualdade de direitos entre homens e mulheres sem preconceitos de raça, assegurando que todo o objetivo da Federação é promover o bem de todos sem preconceitos e discriminações (PINTO; WINDT, 2007, p. 7). Em outros tempos, as Constituições Brasileiras, em alguns momentos, enumeravam direitos que só valiam para os homens brancos e com posses. No período da escravidão, não só os negros eram tidos como propriedades, as mulheres também não eram consideradas cidadãs e, portanto, não tinham direitos. Elas eram completamente dependentes dos homens (LIBARDONI, 2002).

No Brasil, a primeira fase do movimento feminista teve como destaque a luta das mulheres pelos direitos políticos, mediante participação eleitoral, ou seja, como eleitoras e candidatas. Esses movimentos desenvolvidos nas primeiras décadas do século XX tinham limites bem definidos e muito precisos: não se lutava pela inclusão da mulher como decorrência da posição de poder do homem, e sim como um complemento para o bom andamento da sociedade, era a luta das mulheres para serem incluídas como cidadãs. Foi uma das fases mais comportadas do movimento (PINTO, 2003).

Observa-se que grande parte dos direitos adquiridos pelas mulheres foi conquistado através de muita luta, e ainda hoje tais direitos estão se moldando de acordo com a evolução natural da história, e, portanto, estão em conseqüente evolução. No entanto, deve-se sempre estar ciente de que todos os membros que constituem a sociedade precisam ser respeitados, não só mulheres, mas homens, crianças, jovens, idosos, e que os diversos direitos são parte de um conjunto que garante-lhes dignidade e, conseqüentemente, educação, saúde, lazer, trabalho e todos os outros aspectos ligados aos direitos humanos que, no final das contas, somados, resultam em igualdade de direitos e oportunidades para todos.

Embora grandes avanços em matéria de direitos já tenham acontecido formalmente, na prática ainda é muito comum nos depararmos com situações discriminatórias. Imaginemos, então, a ocorrência de uma dupla discriminação, seja por gênero e por raça. E sobre este aspecto, Elisa Larkin Nascimento descreve o seguinte conceito:

Estabelecido o modelo do universal humano como masculino e branco, à medida que uma identidade se “desvia” desse padrão, distancia-se da condição humana. Desse modo, o racismo e o patriarcalismo se cruzam numa dinâmica de interação e dependência mútua na desumanização desses grupos subordinados. As formas patriarcal e racista de dominação são estreitamente interligadas. Sua especificidade não nega seu inter-relacionamento com dominação econômica, sobretudo em sociedades coloniais com economias fundadas no regi-

me escravista. Por isso mesmo, a crítica à dominação racial se entrelaça implicitamente com a crítica ao patriarcalismo. (2003. p. 68)

Ou seja, patriarcalismo e racismo se entrelaçam na prática de dominação. E dentro dessas duas vertentes a maioria dos movimentos sociais ganhou corpo. Tanto a questão racial quanto a de gênero estão diretamente ligadas aos direitos humanos e à conquista da cidadania.

Nesse mesmo sentido, assevera Teresa Kleba Lisboa:

A perspectiva de gênero exige uma nova postura diante da concepção de mundo, aos valores e ao modo de vida, ou seja, põe em crise a legitimidade do mundo patriarcal. Esta perspectiva permite compreender que as relações de desigualdade e iniquidade entre gêneros são produtos da ordem social dominante e que as múltiplas opressões de classe, raça, etnia, geração que se exercem sobre a mulher configuram uma superposição de domínio. (2003. p. 19)

Em 1945, após o fim da II Guerra Mundial, os países se reuniram e criaram a ONU (Organização das Nações Unidas) e, em 1948, foi adotada, por intermédio da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi o primeiro documento internacional de proteção aos Direitos Humanos. Até então, não havia um sistema de proteção internacional de direitos humanos, e cada país tratava seus cidadãos como bem quisesse.

É sabido que, no início da proteção internacional dos Direitos Humanos, as pessoas eram protegidas genericamente, e não eram especificadas de acordo com suas fragilidades e/ou diferenças. Assim, não se levava em consideração as circunstâncias concretas de quem a pessoa era e como vivia. Depois, passou-se a perceber que determinados grupos da sociedade necessitavam de proteção específica, por serem mais discriminados. De acordo com Norberto Bobbio (2004), o grande problema da sociedade contemporânea, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los,

e sim o de protegê-los, trata-se de impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Por essa razão é que foram elaborados dois Tratados Internacionais sobre os Direitos Humanos das Mulheres, que foram devidamente ratificados pelo Brasil: a Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação a mulher da ONU, ratificada em 1984 conhecida também por CEDAW sigla em inglês (*Convention Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*), e o Protocolo Facultativo à Cedaw para garantir a utilização da convenção, este ratificado em 2002 (LIBARDONI, 2002). São tratados que abordam a discriminação contra a mulher e é válido no mundo todo, já que foi elaborado pela ONU.

Depois disso, as discussões sobre o assunto avançaram ainda mais, e os movimentos sociais continuam lutando para que seus direitos sejam reconhecidos, trazendo definitivamente para o nosso cotidiano importantes discussões sobre os temas, afirmando-se que tanto a igualdade entre raças quanto a igualdade entre gêneros é condição indispensável para a justiça, a paz e o progresso do mundo. Embora tenha havido muita evolução, se compararmos com todas as privações que as mulheres já sofreram, a mulher negra brasileira ainda está inserida num quadro extremamente crítico. Há um grande desafio na questão gênero e etnia, pois enquanto não houver a implantação de políticas públicas voltadas especificamente para esse grupo, a tão sonhada igualdade de gênero estará muito distante.

Cada vez mais, a presença da mulher no mercado de trabalho e sua inserção para o exercício profissional continuam a ser marcadas por situações adversas, nas quais diferenciações e discriminações foram baseadas na divisão sexual do trabalho, na origem social, na raça/etnia. Com isso, impõe-se às mulheres desigualdades expressivas em relação aos homens brancos e negros, e também em relação à mulher branca. O baixo nível de escolaridade é um dos fatores que mais contribui para as desfavoráveis condições de renda da mulher negra, uma vez que a conquista de um bom emprego e, conseqüentemente, de um bom salário, passa pelo nível de educação.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Congresso. Senado Federal. Comissão Interna “Ano Mulher – 2004”. *A mulher e as leis: perguntas e respostas para o Brasil do século XXI*. Brasília: Secretaria especial de Editoração e Publicações, 2004.
- GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.
- GONÇALVES, Andréa Lisly. *História & Gênero*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.
- IAMAMOTO, Marilda Villela. *Serviço social em tempo de capital fetiche: capital financeiro, trabalho e questão social*. São Paulo: Cortez, 2008.
- LIBARDONI, Alice. Direitos Humanos das Mulheres: em outras palavras: subsídios para capacitação legal de mulheres e organizações. *Agende*, Brasília, dez. 2002.
- LISBOA, Teresa Kleba. *Gênero, Classe e Etnia: Trajetórias de vida de mulheres migrantes*. Florianópolis: Editora da UFSC; Chapecó: Argos, 2003.
- MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. *Para entender o negro no Brasil de hoje: história, realidades, problemas e caminhos*. São Paulo: Global: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, 2004.
- NASCIMENTO, Elisa Larkin. *O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil*. São Paulo: Summus, 2003.
- PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. *Vade Mecum. Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PINTO, Célia Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- SANTOS, Sales Augusto (Org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. (Coleção Educação para Todos)
- UNAF. União dos Advogados Públicos Federais do Brasil. Disponível em: <<http://www.unafe.org.br>>.
- UNB. Universidade de Brasília. Disponível em: <www.unb.br/admissao/sistema_cotas/>.

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CRFB DE 1988 PARA PROPORÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E INDISPONÍVEIS

Reginaldo de Souza Vieira

Mestre e Doutorando em Direito (CPGD/UFSC), professor do Curso de Direito da Unesc, pesquisador e coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito da Unesc (Nuped) e do Laboratório em Direito Sanitário e Saúde Coletiva da Unesc (LADSSC). Advogado.
E-mail: prof.reginaldovieira@gmail.com.

Fábio Visintin

Bacharel em Direito pela Unesc, Especialista em Direito Tributário. Advogado. E-mail: fabiovisintin@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A importância da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos da sociedade como um todo é notória. O *Parquet* atua intensamente em áreas estrategicamente importantes para a sociedade, como, por exemplo, na seara do meio ambiente, dos direitos humanos, da moralidade administrativa e na defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais indisponíveis. Não obstante, a tutela do direito à saúde e à vida, objetos da ação civil pública na defesa

de direitos individuais e indisponíveis, poderia, ou não, escapar do raio de abrangência da ação ministerial.

Ocorre que, tem se discutido muito a respeito da legitimidade ou da ilegitimidade ativa do Ministério Público para defesa de interesses individuais e indisponíveis, a exemplo do direito à saúde. Essa controvérsia baseia-se no sentido de que há os que defendem e os que não defendem a ideia de que tal previsão está descrita na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em outros diplomas infraconstitucionais relacionados. Mais precisamente, na Lei da Ação Civil Pública, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e no Estatuto do Idoso.

Assim, o objetivo deste estudo é fazer uma análise da competência de atuação do Ministério Público após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também nas legislações infraconstitucionais, estudando a legitimidade ou ilegitimidade do Ministério Público para ajuizamento da Ação Civil Pública na tutela dos direitos individuais e indisponíveis.

O método utilizado foi o dedutivo com consulta à doutrina e legislação.

2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A AMPLIAÇÃO DE COMPETÊNCIA E ESTRUTURA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verifica-se que esta elevou visivelmente a instituição do Ministério Público brasileiro com relação às Constituições anteriores.

Portanto, a Carta de 1988 alçou o Ministério Público com atribuições para defesa de toda a sociedade, do regime democrático de direito, legitimando a fiscalização da lei, quer na seara cível ou criminal. Salienta-se que o *Ministério Público* fora fortalecido ainda mais com inúmeras leis dentre as quais: O Estatuto da Criança

e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e o Estatuto do Idoso.

No que se refere ao Ministério Público na Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, Maia Neto destaca que a referida Constituição destinou uma seção à Instituição Ministerial dentro “Das Funções Essenciais à Justiça”, conforme mencionados arts. 127 *usque* 130 (2007, p. 41).

Tal diploma elevou o Ministério Público a um patamar inédito de evolução institucional em relação às Constituições anteriores, pois serviu de base a muitas outras Constituições, sendo enquadrada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como molde das modernas democracias sociais. Fato é que o *Parquet* conquistou um setor independente, com autonomia funcional, permanente e desvinculado do Poder Executivo; tendo como funções essenciais a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, baseando-se em três princípios basilares: indivisibilidade, unidade e independência funcional (LEITE, 2001).

Para Lyra, o Ministério Público realmente evoluiu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme se verifica:

Nessa conformidade, se vai processando o desenvolvimento da instituição, de forma a autorizar ao Ministro Alfredo Valladão aquela séria previsão: “O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o Espírito das leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele – o que defende a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado. (1989, p. 23)

Cumprir destacar que, na atual Constituição da República Federativa do Brasil, o Ministério Público atua intensamente na esfera cível, com destaque para a Ação Civil Pública, na tutela dos

interesses transindividuais e individuais indisponíveis, eis que foi constitucionalmente legitimado. (FERNANDES, 2004).

3 A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com a promulgação da Lei Federal 8.625/93, que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, editada em obediência ao disposto no artigo 61, parágrafo 1º, II, alínea “d”, da Constituição Federal, confere ao Presidente da República a exclusividade da iniciativa para formular projeto de lei dispendo sobre as normas gerais de organização e atribuições do Ministério Público dos Estados, em substituição ao disciplinado na Lei Complementar 40, de 14 de fevereiro de 1981. No mesmo passo a sistemática Constitucional de 1988, descrita em seu artigo 128, parágrafo 5º, exige a edição de Leis Complementares, destinadas a organizar os Ministérios Públicos Estaduais, por iniciativa dos Procuradores-Gerais de Justiça de cada Estado (DECOMAIN, 1996).

A natureza jurídica da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público em uma análise sistemática demonstra que o legislador equivocou-se ao editar a lei ordinária para a organização do Ministério Público nos Estados e no Distrito Federal, eis que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 128, parágrafo 5º, prevê Lei Complementar para a Organização dos Ministérios Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal (MAZZILLI, 1997).

Tratando de competência do Ministério Público e tendo por base o poder atuante, princípios e garantias institucionais descrevem os artigos 1º e 3º da Lei 8.625/93:

Art. 1º. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Parágrafo único. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Art. 3º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, cabendo-lhe, especialmente:

- I – praticar atos próprios de gestão;
- II – praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo, da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios;
- III – elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos;
- IV – adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização;
- V – propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus membros;
- VI – propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção dos cargos de seus serviços auxiliares, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus servidores;
- VII – prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado;
- VIII – editar atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem em vacância de cargos de carreira e dos serviços auxiliares bem como os de disponibilidade de membros do Ministério Público e de seus servidores;
- IX – organizar suas secretarias e os serviços auxiliares das Procuradorias e Promotorias de Justiça;
- X – compor os seus órgãos de administração;
- XI – elaborar seus regimentos internos;
- XII – exercer outras competências delas decorrentes.

Parágrafo único. As decisões do Ministério Público fundadas em sua autonomia funcional, administrativa e financeira, obedecidas as formalidades legais, têm eficácia plena e executoriedade imediata, ressalvada a competência constitucional do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas. (BRASIL, 2007b).

Através destes dois artigos aliados à CRFB de 1988, podemos ver uma atuação bem extensa, que deixa a instituição Ministério Público como nunca antes visto. Deste modo, o Ministério Público possui atuação legitimada para: defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme preceitua o artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor; do meio ambiente através de ações civis públicas, seja através de medidas de prevenção, sustação e/ou recuperação; do consumidor conforme respaldo no Código de Defesa do Consumidor, em que o órgão Ministerial busca tutela dos direitos transindividuais, e não raras vezes atua nas cidades onde não possui o órgão do Procon na defesa do consumidor em geral, quer utilizando-se de Termos de Ajustamentos de Conduta, quer utilizando-se de Ações Civis Públicas; em atos de improbidade administrativa atua como defensor da sociedade e do patrimônio público, na defesa contra fraudes em licitações, danos ao erário público, utilização da máquina pública em benefício de interesses particulares, dentre outras atribuições, legitimidade esta prevista na Lei 8.429/92; na defesa da infância e juventude, conforme define o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 201 e 212, e na proteção dos direitos transindividuais busca efetivar a integridade da criança que se encontra em situação de risco, em inúmeras oportunidades interventivas, como, por exemplo, o ajuizamento de ações para o acesso à educação infantil, a criação de Conselhos Tutelares, dentre outras. Soma-se ao fato, ainda no que concerne ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990, e o Código de Consumidor, de 11 de setembro de 1990, ambos exercem papel importante para atual do Ministério Público e estabelecem uma nova identidade ao Promotor de Justiça (MENDONÇA NETO, 2004).

Contribuindo ainda com esse entendimento, Schwartz enfatiza que o Ministério Público após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou a exercer inúmeras funções, dentre as mais destacadas estão: seu papel de guardião da sociedade, da defesa da ordem jurídica com especial atenção à conservação do regime democrático, tutela dos interesses da sociedade para a efetivação dos direitos sociais, dos interesses individuais indisponí-

veis e defesa dos direitos assegurados aos cidadãos especialmente no zelo dos direitos fundamentais do ser humano (2001, p. 176).

Mazzilli defende a ideia de que o Ministério Público não poderia ter diferente atuação em um estado democrático de direito, sistema este que é de fundamental importância à instituição Ministerial. Assim, somente a um Governo Democrático pode convir um Ministério Público realmente forte, mas independente, porque ao Ministério Público cabe combater o descumprimento da lei, independentemente de quem seja o transgressor e, não raras vezes, estes são os próprios governantes (1998, p. 29).

4 A LEGITIMIDADE ATIVA E PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Determinadas espécies de leis não podem contrariar a vocação institucional do Ministério Público, ou seja, não se pode negar a instituição à promoção da ação penal pública ou recusar a iniciativa ou intervenção em feitos onde se discutam interesses sociais ou individuais indisponíveis, bem como interesses transindividuais. O Ministério Público está consagrado nos dias atuais com autonomia e independência funcional da instituição e de seus órgãos, à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, da ordem jurídica e do regime democrático. Em outras palavras, é um órgão de defesa do regime democrático de direito e da defesa de direitos indisponíveis de toda a sociedade. Diversamente, em constituições anteriores, sua atuação limitava-se ao papel reservado na persecução criminal ou para defesa dos interesses dos Chefes de Estados (MAZZILLI, 1997).

Hoje, por sua vez o Ministério Público possui um campo de atuação bem extenso, como na esfera criminal, este é o titular privativo da ação penal pública, possui faculdades para requisitar inquérito policial, diligências investigatórias e exerce o controle externo sobre a atividade policial. Ainda na esfera criminal, o Promotor de Justiça não está obrigado a acusar, este deve agir de acordo com sua convicção e atuação. Não raros casos em que o próprio Promotor de

Justiça pede absolvição ou recorre em defesa do acusado, eis que defende acima de tudo o direito às liberdades individuais. Por sua vez, na esfera cível, o papel do *Parquet* possui igual relevância, fato é que suas atribuições estão crescendo dia a dia, legitimando o Ministério Público para atuar como órgão agente, quando propõe ações de declaração de inconstitucionalidade, nulidade de ato jurídico em fraude à lei e ações civis públicas em defesa de interesses difusos e coletivos. Além disso, pode ser órgão interveniente, quando pela qualidade da parte que deva zelar pela indisponibilidade de seus interesses ou quando pela natureza da lide exista um interesse público a zelar. Na esfera administrativa, este cuida da chamada administração pública de interesses privados, como, por exemplo: na fiscalização das habilitações de casamentos, no funcionamento das fundações e nos termos de ajustamentos de conduta (MAZZILLI, 1997).

Na promoção social cabe aos membros do Ministério Público a tarefa de atendimento ao público, que não raras vezes vê na figura o Promotor de Justiça sua última chance para resolução de seus problemas mais diversos. Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a intervenção de órgão Ministerial junto aos Tribunais e Conselhos de Contas. Desta forma, o Ministério Público defende toda a sociedade, e, por tais motivos, necessita de uma estrutura segura, independente, com princípios definidos, atrelado a grande saber jurídico por parte de seus membros para que se criem condições à alta função de defesa dos interesses indisponíveis da coletividade (MAZZILLI, 1997).

Para Mendonça Neto, o órgão Ministerial poderá ainda propor Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que é caracterizado por ser um acordo realizado entre o Ministério Público e a parte que está envolvida com situações (condutas) que estão contra os ditames legais e passíveis de solução extrajudicial. Assim, caso a parte envolvida não aceitar o Termo de Ajustamento de Conduta, esta poderá eventualmente ser alvo de uma Ação Civil Pública. Destaca-se que o Termo de Ajustamento de Condutas é um instrumento relativamente novo e independe de homologação judicial para surtir seus efeitos, bastando somente ser homologados pelo Conselho Superior do Ministério Público, conforme artigo 9º, § 3º, da Lei 7.347/85. Por

tais motivos, esta forma de dirimir conflitos está ganhando cada vez mais espaço nos dias atuais (2004, p. 54-55).

Conforme se verifica a atuação do Ministério Público, é fundamental para a defesa dos direitos transindividuais, individuais e indisponíveis, como forma de garantir os direitos de toda a sociedade. Neste sentido o Ministério Público desenvolve papel importantíssimo como guardião do Estado Democrático de Direito.

5 AÇÃO, ELEMENTOS IDENTIFICADORES E CARACTERÍSTICAS

Destaca Wambier o conceito de direito de ação como sendo “[...] o direito público, subjetivo e abstrato, de natureza constitucional, regulado pelo Código de Processo Civil, de pedir ao Estado-juiz o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar determinada lide” (2007, p. 125).

Cada ação que busca a tutela jurisdicional deve ser particularmente analisada, com o objetivo de que dela se extraíam elementos identificadores, para que possa ser considerada separadamente e distinta das demais ações que já tenham sido propostas, ou que possam vir a ser. A doutrina e também o Código de Processo Civil (art. 301, § 2º), assinalam três elementos para a condição da ação com base na teoria da tríplice identidade: as partes, o pedido e a causa de pedir (WAMBIER, 2007).

Todas estas condições devem estar presentes para que se abra passagem à prestação jurisdicional requerida. Na ausência de qualquer uma dessas, fica bloqueado o caminho e, conseqüentemente, será decretada a carência da ação sem o julgamento de mérito. Com isto, faz-se necessário um estudo sobre as condições da ação, que Nery Júnior e Nery sustentam: as partes como sendo as pessoas que pedem (polo ativo) e aquele contra quem se pede (polo passivo); o pedido como sendo aquilo que o autor visa obter com a presente demanda; a causa de pedir como sendo a composição dos fatos e fundamentos jurídicos que se leva a pretensão (2006, p. 284).

Cabe destacar que, o Ministério Público, ao propor a Ação Civil Pública para tutela dos direitos individuais e indisponíveis, no que se refere ao direito à saúde, é caracterizado como sendo a parte ativa do processo, eis que está legitimado extraordinariamente, para defesa em nome próprio de direito alheio, no caso, dos direitos individuais e indisponíveis.

No que se refere o direito objetivo e subjetivo, o que nos repassa Maggio, é que o direito subjetivo caracteriza-se pela posição de vantagem a um indivíduo ante as prerrogativas conferidas pelo direito objetivo, tendo este, possibilidades de atribuir através da tutela jurisdicional sua vontade contra a parte adversa (2007, p. 28).

Denominam-se partes os chamados sujeitos parciais do processo, constituídos pelo autor (sujeito ativo) e pelo réu (sujeito passivo). Há casos em que não há identidade entre aquele que formula pedido em juízo (parte autora) e o titular da afirmação de direito deduzida em juízo. Com isso, salienta-se que a legitimidade extraordinária é admissível no nosso sistema jurídico processual, em que o titular da demanda pleiteia como próprio direito alheio (WAMBIER, 2007).

Parte é aquele que pede (autor) e em face de quem se pede (réu) a tutela jurisdicional. O juiz e as partes são os sujeitos do processo, isto é, os integrantes da relação jurídica processual. Quando atua como fiscal da lei (CPC 82), o Ministério Público é interveniente. O substituto processual (art. 6º) é parte. Os terceiros que intervêm no processo já instaurado deixam de ser terceiros e passam a ser parte (oponente, denunciado da lide, chamado ao processo, nomeado à autoria quando aceita a nomeação). (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 160)

A capacidade é pressuposto processual positivo de validade e que, se ausente, deve impedir o Juiz de julgar o mérito. Sendo proferida sentença de mérito, apesar de uma das partes não ser capaz, estar-se-á diante de sentença rescindível. Trata-se de conceito do tipo intransitivo, ou seja, que prescinde de complemento. Pode-se dizer que a capacidade pode ser analisada de plano, diferentemen-

te com a legitimidade, que se trata de conceito por excelência transitivo e que necessita de um complemento (WAMBIER, 2007).

Sendo pressuposto processual de validade conforme descreve o artigo 267, IV, do Código Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973, sendo manifestação da capacidade de exercício no plano do direito processual, os absolutamente e os relativamente incapazes podem ser partes, mas não podem praticar atos processuais, pois não têm capacidade processual. Nestas hipóteses, devem os incapazes ser representados ou assistidos de acordo com a determinação legal. Possui capacidade processual os que possuem pleno exercício de direito, significando-a para ser autor, réu ou interveniente em ação judicial, caracterizada como um pressuposto processual (NERY JÚNIOR; NERY, 2006).

A legitimidade, ao contrário da capacidade, é, como já se disse, conceito *transitivo*. Tem-se legitimidade com relação a um sujeito e a um objeto, ou seja, a uma relação jurídica. A legitimidade, portanto, não pode ser aferida em abstrato, mas única e exclusivamente em função de um contexto. Diferentemente ocorre com a capacidade: o juiz, sem nem mesmo conhecer a lide, tem condições de aferir se a parte tem capacidade ou não. No entanto, desconhecendo o pedido, não há como saber se a parte tem ou não tem legitimidade.

Por isso, a legitimidade é condição da ação, e não pressuposto processual. As condições da ação consubstanciam-se numa categoria muito mais próxima ao mérito, cuja existência e regularidade devem ser examinadas pelo juiz depois dos pressupostos processuais.

Pode-se falar em duas espécies de legitimidade. A legitimidade *ad causam*, ou, para a acusa, e a legitimidade processual (ressalvando-se, apenas, que muito freqüentemente as duas expressões são usadas indistintamente, como sinônimas).

Como já se viu, quando se tratou do conceito de parte, o normal, no sistema do Código de Processo Civil, é que tem legitimidade para a causa tenha, exatamente por isso, a legitimidade processual. Só excepcionalmente, e por disposição legal expressa, pode-se fazer essa dissociação, atribuindo-se

a pessoas diferentes a legitimidade *ad causam* e a legitimidade *ad processum*.

A legitimidade *ad causam* decorre de uma simetria que deve haver entre os titulares da relação jurídica material subjacente á demanda e da relação jurídica de direito processual. (WAMBIER, 2007, p. 233-234)

Quanto às funções exercidas pelo Ministério Público, assevera ainda Theodoro Júnior (2006, p. 170) de que no exercício das múltiplas tarefas que lhe confere a ordem jurídica, o *Parquet* ora age como parte (CPC, art. 81), ora como fiscal da lei (CPC, art. 82).

Voltando às funções institucionais do Ministério Público definidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se constitui tal instituição inclusive no âmbito do Código de Processo Civil, no representante dos interesses da sociedade, incumbindo da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É organismo que goza de autonomia e independência diante do Poder Judiciário, junto ao qual, exerce suas funções sem, entretanto guardar com este qualquer relação de dependência ou subordinação. Com o crescimento do chamado processo coletivo, cresceu também o número de atribuições do Ministério Público, legitimado pela Lei da Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor e demais diplomas infraconstitucionais, na tutela dos interesses coletivos em sentido amplo, difusos e individuais indisponíveis. Destaca-se que no tradicional Processo Civil, a situação do Ministério Público ocorre de duas maneiras: nos termos do artigo 81 do Código Processo Civil, atua como parte nos casos em que por expressa determinação legal o Ministério Público está legitimado e requer a prestação da tutela jurisdicional do Estado (legitimação extraordinária) e/ou conforme estabelecido no artigo 82 do Código Processo Civil, atua o Ministério Público como fiscal da lei (*custos legis*) (WAMBIER, 2007).

Destarte podem ter situações em que ocorram conflitos entre interesse público primário e o secundário; será pelo primeiro deles que deverá zelar o Ministério Público, só defendendo este último quando efetivamente coincida com o primeiro (MAZZILLI, 2007).

No que se refere à legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da Ação Civil Pública, sob o enfoque puramente legal, será a Ação Civil Pública qualquer ação movida com base na Lei 7347, de 24 de julho de 1985, para a defesa de interesses transindividuais, ainda que seu autor seja uma associação civil, um ente estatal, o Ministério Público, ou qualquer outro colegitimado. (Mazzilli, 2007).

Na Ação Civil Pública é conferida ao Ministério Público legitimação extraordinária, mediante substituição processual para o exercício do direito de agir, pois o sujeito que teve o bem lesado, ou seja, a coletividade, não é o mesmo que adquire a qualidade de autor da demanda. A legitimação do Ministério Público para a propositura da Ação Civil Pública requer que haja interesses transindividuais a serem defendidos, sejam eles: coletivos, difusos, ou ainda, os tidos por interesses individuais homogêneos tratados coletivamente, estes, desde que esteja configurado interesse social relevante (PONCIANO, 2007).

Cabe ressaltar que Schwartz vai mais além, defendendo a ideia de que, o Ministério Público ao ser acionado, mesmo que por apenas um cidadão, tem legitimidade para tomar as providências necessárias para o restabelecimento do direito à saúde daquele lesado, cumprindo o órgão Ministerial dessa maneira, as funções institucionais conferidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (2001, p. 129).

O artigo 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, descreve que: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 2007a).

A legitimidade do Ministério Público para defesa do patrimônio público e pelo zelo dos direitos constitucionais do cidadão é auferida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 129, III, onde está disposto que compete ao órgão Ministerial: “promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para

a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 2007a).

No que se refere às funções do Ministério Público, na visão do Ministro Sepúlveda Pertence, este afirma:

[...] o legislador constituinte concedeu uma “titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição”, e mais adiante, comenta a introdução da legitimação para “uma proteção a patrimônio público”, concluindo que a Constituição introduziu ao Ministério Público “vigilância ativa com legitimação processual, sob a legalidade da administração. (*apud* MORAES, 2007, p. 612)

Esta atuação do Ministério Público visa adequar nosso ordenamento jurídico à tendência contemporânea do Direito Constitucional Internacional, que tem como prerrogativas impedir o desrespeito sistemático às normas Constitucionais, que conduz à erosão da própria consciência Constitucional. Pelo que, acessível é à legitimação Constitucional do Ministério Público para defesa do patrimônio público, conforme artigo 129, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, repetida pelo artigo 25 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública. Destarte estes ordenamentos conferem legitimidade ao Ministério Público para instaurar Inquérito Civil e ajuizar Ação Civil Pública na defesa do patrimônio público e social, e consequentemente todos os direitos e garantias assegurado no nosso ordenamento jurídico (MORAES, 2007).

Apesar da expressa disposição legal, a legitimidade do Ministério Público, para propositura das ações que tutelam os direitos individuais homogêneos, origina muitos debates.

Para Theodoro Júnior, o legislador constituinte vedou ao Ministério Público a prática da advocacia, conforme o artigo 128, parágrafo 5º, alínea “b”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ainda segundo o autor, advogar nada mais é do que a defesa de direitos individuais, particularmente, os disponíveis. Em estudo ao artigo 127, do mesmo diploma, este destaca que se

deve interpretar o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, o qual autoriza o Ministério Público a promover a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, somente em se tratando de direito individual homogêneo e indisponível. Só desta forma estará legitimado o *Parquet* à propositura da ação coletiva de consumo, jamais a Ação Civil Pública. Deste modo, o órgão ministerial estará legitimado não pelo fato de haver uma soma de interesses individuais, mas sim pelo fato de a lesão a um direito subjetivo dessa magnitude causar danos a toda a coletividade. Seria, então, o interesse social, como direito difuso que estaria sendo protegido e tutelado pelo Ministério Público, e não apenas os direitos individuais homogêneos de natureza divisível, individual, subjetiva, e que cuja defesa cabe ao próprio lesado. Terá sim legitimidade o Ministério Público para a defesa dos interesses de caráter indivisível, coletivo e difuso, como exemplos: à saúde, à vida e à educação, os quais, uma vez ignorados, prejudicariam toda a sociedade (THEODORO JÚNIOR, 2007).

Neste sentido para Theodoro Júnior, é equivocado pretender que a Ação Civil Pública seja destinada a resolver os conflitos em torno dos direitos individuais homogêneos disponíveis, devendo tal direito ser objeto de tutela da Defensoria Pública, através de outras ações que não a Ação Civil Pública, bem como ao Ministério Público não deve ser utilizada a Ação Civil Pública para a defesa desses direitos estritamente individuais homogêneos por falta de previsão legal (2007, p. 539-541).

É importante, conforme acima disposto, destacar que a Defensoria Pública é a instituição que possui natureza administrativa essencial à função jurisdicional do Estado, e que possui como primordial finalidade a defesa e orientação jurídica dos necessitados, ou seja, assume papel importante de “advogado popular” e que tem disposição voltada à defesa também da coletividade. (SCHWARTZ, 2001).

Para Nery Júnior e Nery, a defesa do direito individual puro não pode ser feita pelo Ministério Público, mas se for indisponível e houver autorização legal, para tanto, poderá naturalmente ser alvo de

tutela. Ainda mais se os direitos individuais, mesmo que disponíveis, possuam origem comum, qualificando-os como direitos individuais homogêneos, conforme o artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, dá ensejo à possibilidade dessa tutela ser realizada coletivamente em juízo, resguardando em defesa da segurança jurídica para que as ações desse tipo sejam julgadas com resultados finais iguais. Por estas razões está o *Parquet*, legitimado a propor em juízo a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, conforme estabelece o artigo 129, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a legislação infraconstitucional, ou de intervir obrigatoriamente como *custos legis* nas ações ajuizadas pelos demais legitimados, já que essa defesa coletiva é sempre de interesse social, ditada no interesse público (2006, p. 264).

Tratando-se de interesses indisponíveis de crianças e adolescentes, ainda que individuais, tem legitimidade o Ministério Público, eis que, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, confere iniciativa ao órgão ministerial para tutela de tais direitos, haja vista sua defesa sempre convirá a toda coletividade (MAZZILLI, 2007).

Por força do Estatuto do Idoso e da destinação institucional conferida ao Ministério Público, deve este voltar sua atenção na tutela dos interesses difusos ou coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis dos idosos, quer defendendo preservação dos interesses sociais, do direito à vida, à saúde, ao lazer, à cidadania, e, enfim, aos princípios da dignidade da pessoa humana (MAZZILLI, 2007).

Conforme se observa o âmbito de incidência da Ação Civil Pública sofreu profundo alargamento com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e demais legislações infraconstitucionais, cabendo ao Ministério Público a sua promoção para a defesa de interesses transindividuais e individuais indisponíveis (MORAIS, 1996).

A partir desse entendimento, Pacheco (1991, p. 328) assegura que o Ministério Público é a instituição que está em melhor posição para o ajuizamento da Ação Civil Pública, por inúmeros fatores que norteiam a instituição, dentre os quais: independência institucio-

nal; atribuições funcionais; defensor da sociedade; dever de zelar pelo bem comum; está isento de custas e honorários no caso de improcedência da demanda.

Nesse aspecto, o *Ministério Público* Federal ou Estadual, devido ao contido no artigo 129, II e III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e demais diplomas infraconstitucionais, possui legitimidade para proteção da saúde e dos seus serviços relacionados, eis que, a saúde se caracteriza como serviço de relevância pública, sendo este um direito difuso, coletivo e individual indisponível. Assim, o Ministério Público tem competência para promover o Inquérito Civil ou ajuizar a Ação Civil Pública para tutela do direito à saúde, conforme consubstanciado no artigo 197 do referido diploma (SCHWARTZ, 2001).

Deste modo fica claro que o Ministério Público está legitimado para atuar de duas formas no processo civil. Assim, o *Parquet* atua: a) nos termos do artigo 81 do Código Processo Civil, como parte (legitimidade extraordinária) nos casos em que por expressa determinação legal o Ministério Público está legitimado para requerer a prestação da tutela jurisdicional do Estado; b) como fiscal da lei nas situações estabelecidas no artigo 82 do Código Processo Civil, ou seja, o Ministério Público como *custos legis*, em suma, quando existente o interesse público primário demonstrado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte.

6 OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Situados entre o interesse público e o interesse privado, estão dispostos os direitos transindividuais, e se caracterizam por exceder o âmbito da esfera individual, mas não chegam propriamente a constituir interesses públicos (MAZZILLI, 2007). Nesse aspecto, mesmo em se tratando de direitos individuais e indisponíveis, verifica-se que seus resultados atingem a sociedade como um todo.

Os interesses difusos apresentam-se diferentes dos demais, assentam-se em fatos genéricos, em acontecimentos acidentais e mutáveis. Desta forma, encontram-se diluídos na pretensão

dos interesses da sociedade, resguardados pelos direitos atuais. Representam interesses de fruição comum, possuem aspectos estruturais de organização social e não estão atrelados a qualquer vínculo jurídico base (MORAIS, 1996).

Sob esse enfoque, difusos são aqueles interesses que ultrapassam a esfera individual, caracterizados por estarem relacionados a um bem indivisível, que não pode ser atribuído em sua totalidade ou em partes a qualquer um dos interessados. Tais sujeitos relacionados possuem variável grau de determinação, mas não possuem titular certo (PONCIANO, 2007).

Nesse sentido, Mazzilli destaca que

Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas. (2007, p. 50)

Os direitos difusos são caracterizados por pertencerem a toda a sociedade, característicos direitos de terceira geração, por incorporarem conceitos de universalidade, ou seja, ultrapassam a visão individualista, bem como seus sujeitos são indeterminados, possuem objeto indivisível e estão ligados por uma situação de fato.

Os chamados interesses coletivos estão caracterizados por pertencerem a um conjunto de pessoas que estão ligados a uma determinada classe ou categoria, ou seja, são os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente. Pressupõe-se delimitação do número de interessados com a existência de um vínculo jurídico. Com isto, o interesse será coletivo quando titularizado pelos elementos pertencentes a um grupo perfeita e subjetivamente delimitado, e, logo, juridicamente unidos. Assim, o interesse coletivo tem como titulares, apesar de sua extensão numérica e objeto indivisível, um conjunto delimitável de pessoas ligadas por relações jurídicas base (MORAIS, 1996).

Verifica-se ainda que

Coletivos também têm objeto indivisível, mas contrariamente aos difusos, pertencem a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A indeterminação é a característica fundamental dos interesses difusos e a possibilidade de determinação daqueles interesses que envolvem os coletivos. (PONCIANO, 2007, p. 30)

Os titulares do direito coletivo são também indeterminados, mas podem ser determináveis. Para a verificação da existência de um direito coletivo em sentido estrito, não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Entretanto, o sujeito que possui o direito em jogo pode ser facilmente determinado (NUNES, 2004).

Para Mazzilli, os interesses coletivos em sentido estrito são “aqueles em torno dos quais está reunido um conjunto determinável de pessoas (grupo, categoria ou classe), ligadas de forma indivisível pela mesma relação jurídica básica” (2007, p. 673).

Portanto, os direitos coletivos em sentido estrito classificam-se como sendo aqueles de natureza indivisível, dos quais seja titular, grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica. Como exemplo, podemos citar os integrantes de um plano de saúde, em matéria relativa à validade ou invalidade da relação jurídica que os une.

Estes interesses nada mais são do que interesses individuais, com causa comum que afeta um número específico de pessoas ao mesmo tempo, embora de forma e com consequências diversas para cada uma delas. Neste sentido, inúmeras são as possibilidades de desrespeito aos direitos particulares originárias de uma mesma causa, o que coloca os prejudicados envolvidos em um mesmo polo, embora cada um deles possa expor pretensões com conteúdo e extensão distintos (MORAIS, 1996).

Tais interesses podem ser tutelados via ação coletiva ou por ação individual, ou seja, pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se, ou não, à ação coletiva (PONCIANO, 2007).

Desta feita, os interesses individuais homogêneos diferem-se das demais espécies de direitos metaindividuais, uma vez que seus membros são pessoas determináveis (MAGGIO, 2007).

O Código de Defesa do Consumidor define em seu artigo 81, III, que: “Interesses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato”. (BRASIL, 2008c).

Os interesses individuais homogêneos são assim definidos quando seus titulares são sujeitos determinados ou determináveis, de origem comum e seu objeto de pretensão é divisível (MAZZILLI, 2007).

Assim, direitos individuais homogêneos são aqueles de natureza divisível, cujos titulares são pessoas determinadas, integrantes de uma situação fática. Como exemplo, aponta-se o caso dos consumidores que adquiriram veículos novos e cujas peças saíram defeituosas de fábricas, originando um direito de reparação dessas peças aos mesmos.

7 OS DIREITOS INDIVIDUAIS E INDISPONÍVEIS

Os direitos individuais destacam-se como sendo aqueles inerentes à pessoa natural, reconhecidos e garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já os direitos indisponíveis são tudo aquilo que não pode ser disposto. A legitimidade ativa do Ministério Público na defesa dos direitos indisponíveis se qualifica quando a lei confere ao referido órgão a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade como um todo, presume-se o interesse de agir deste, conforme descreve a legitimidade descrita na Carta de 1988 e na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (MAZZILLI, 2007).

Neste momento, é importante destacar que o interesse individual que se denomina direito subjetivo, que, por sua vez, é produto das garantias positivas, ou seja, dos direitos objetivos. Assim os direitos subjetivos compreendem prerrogativas atinentes ao sujeito que passaram a receber tutela especial do Estado, na forma de garantias, assim, tomam a designação de direitos públicos subjetivos. Já o direito objetivo se conceitua de forma paralela, caracterizado como um agrupamento de normas que induzem os indivíduos a um determinado comportamento, sob pena de eventual sanção estatal (MORAIS, 1996).

Num sentido lato, portanto, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é cometido ao Ministério Público; a defesa do interesse coletivo (que reúne uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos) pode convir à coletividade como um todo. (MAZZILLI, 1997, p. 21)

Por interesses individuais e indisponíveis devem ser entendidos aqueles referentes a valores imprescindíveis para o bem-estar e a sobrevivência digna do ser humano, e por esses fatores, tais direitos asseguram e garantem o bem de toda a coletividade.

Já os interesses individuais e disponíveis possuem características similares aos individuais e indisponíveis, eis que estão ligados à figura individual, mas este, ao contrário, pode se dispor, como por exemplo: o direito de receber uma indenização de outrem por danos morais é um direito assegurado até mesmo constitucionalmente, mas caso o sujeito que possui o direito subjetivo dessa indenização não mais requerer este direito disponível, em que pese sua diminuição de capital, e divergentemente do direito indisponível, poderá dispor dessa garantia conferida ou não pela norma.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão principal do presente trabalho versou a respeito da legitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na tutela dos direitos individuais e indisponíveis.

Com a CRFB de 1988, inúmeras atribuições foram conferidas ao Ministério Público, deixando este de ser um órgão utilizado para exercício das vontades do Poder Executivo e de seus representantes, vindo a assumir relevante papel na defesa da sociedade como um todo, ou seja, na defesa: do patrimônio histórico cultural, do regime democrático de direito, das minorias, das liberdades individuais, da qualidade de vida, das crianças, dos adolescentes, dos desamparados, dos indígenas, dos idosos, dos trabalhadores, das pessoas com deficiência, dos incapazes, das instituições públicas, do meio ambiente, da vida, da saúde e demais atribuições legais.

Deste modo, constata-se que somente com um *Parquet* realmente independente e com autonomia funcional, podemos, em um Estado Democrático de Direito, resguardar todos os direitos e garantias sociais, bem como torna-se viável a defesa dos direitos fundamentais do ser humano.

Assim, deve-se, pois, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ser interpretada buscando conferir a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais. Ressalta-se que o Ministério Público possui fundamental papel para identificar e combater as investidas negativas para a não efetivação dos direitos fundamentais, através da utilização dos instrumentos processuais disponíveis e onde se destaca a ação civil pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. *Vade Mecum*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

_____. *Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, publicada no DOU de 15.02.1993. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2008.

_____. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicada no DOU de 12.09.1990. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à lei orgânica do Ministério Público*, Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

FERNANDES, Carlos Henrique. Ministério Público e interesse público: a hipótese prevista no artigo 82, inciso III, parte final, do código de processo civil. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, PGJ, v. 02, n. 02. jan./abr. 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezzerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.

LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

MAGGIO, Marcelo Paulo. *Condições da ação: com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Promotor de justiça e os direitos humanos: acusação com racionalidade e legalidade por um Ministério Público Democrático*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003. v. 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MENDONÇA NETO, Wilson Paulo. *Ação Civil Pública: o Ministério Público na defesa e tutela dos interesses coletivos*. *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, PGJ, v. 02, n. 02. jan./abr. 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY, Nelson Júnior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Manual de processo civil para a 1ª instância*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3.

_____. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O ESPAÇO LOCAL NA ARTICULAÇÃO DA CIDADANIA

Ricardo Hermany

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, e Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com estágio de doutoramento pela Universidade de Lisboa. Coordenador do subgrupo de estudos Políticas Públicas e Gestão Local, do grupo Estado, Administração Pública e Sociedade (CNPq). E-mail: hermany@unisc.br.

Diogo Frantz

Mestre em Direito em Políticas Públicas de Inclusão Social na Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), membro do subgrupo de estudos Políticas Públicas e Gestão Local, do grupo Estado, Administração Pública e Sociedade (CNPq). Linha de Pesquisa Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany do Programa de Pós-graduação em Direito/Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc – Santa Cruz do Sul/RS. E-mail: frantzdioigo27@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

No presente ensaio, pretende-se discorrer sobre a questão paradigmática da cidadania ativa, delimitada no ideário democrático do grupo social. Ao se falar em cidadania, pode-se afirmar que é algo que permeia uma permanente construção, pois ser cidadão compreende, entre outras importantes disposições, a consciência

de ser sujeito de direito, que ocupa determinado espaço e que tem um dever de cumprir o seu papel na esfera pública.

A cidadania não deve mais ser vista de forma estática e predominantemente enraizada nos ideários procedimentais do direito ao voto e ao acesso aos cargos políticos, mas como uma postura veemente e interativa na interlocução entre o Estado e os integrantes do grupo social.

Acredita-se que a cidadania, para ter seu exercício permitido, deve ser fomentada no ambiente local, através de políticas públicas geridas pelo Poder Público local na construção horizontal entre todos os atores sociais.

1 OS PARADIGMAS FORMATIVOS DE UMA CIDADANIA ATIVA

A cidadania, neste novo milênio, vem ressurgindo, pois esse conceito está intrinsecamente ligado à ideia de participação e justiça. Assim, a cidadania passa hoje por novos desafios em face de diversos fatores econômicos, sociais e políticos que fomentaram esse descontentamento da população.

Depois, com a passagem do Estado liberal para o Estado social, o conceito de cidadania tenta ganhar uma nova dimensão; mas restou frustrada tal tentativa, pois o Estado de direito não se mostrou capaz de responder às demandas sociais, ocasionando uma nova crise de legitimidade. Surgem, então, no período contemporâneo, duas características distintas de cidadania: uma trazendo um vínculo entre nacionalidade e cidadania e a outra, uma forte ligação entre igualdade e cidadania (MARTÍN, 2005).

Portanto, definir o que é cidadania ou ditar-lhe um conceito seria uma pretensão um tanto que exacerbada, pois ela compreende, “dada a variedade e dimensões espaciais e funcionais” (MARTÍN, 2005), um campo muito abrangente. Zapata Barrerro afirma que “o maior problema do termo cidadania é carecer de um conceito, porque apenas se pode falar em concepções” (2001).

Clovis Gorczewski e Tauchen (2007) já assim se posicionam:

De uma maneira geral, se define cidadania como a qualidade ou o direito do cidadão; e cidadão como o indivíduo no gozo de direitos civis e políticos de um Estado. A idéia de cidadania está sempre ligada a um determinado Estado, e em geral expressa um conjunto de direitos que dá ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu Estado.

Esse é também o entendimento de José Afonso da Silva, (2001) afirmando que a “Cidadania qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política”.

Assim, o termo cidadania apresenta um conceito e uma conotação muito especial, pois remete a algumas questões importantes diretamente na sociedade, como as igualdades e desigualdades sociais e políticas, o caráter das instituições públicas (MARTÍN, 2005)

Núria Martín (2005) traz suas contribuições afirmando que não se pode instrumentalizar o conceito de cidadania, sob pena de excluirmos determinados grupos ou pessoas. Portanto, essa autora chama atenção que é preciso redefinir um novo conceito de cidadania, visto que os anteriores não servem de modelo para a nossa sociedade atual.

Por sua parte, as teorias que apelam para a fragmentação da cidadania apresentam intenções de redefinir as formas de titularidade. O conteúdo atual de cidadania abarca, de forma significativa, a participação política e a cultura cívica. Assim, ainda que as raízes da cidadania sejam gregas e romanas, o conceito atual de cidadão provém, sobretudo dos séculos XVII e XVIII, da revolução francesa, inglesa e americana e do movimento do capitalismo, tendo experimentado uma importante evolução desde o período da Revolução Francesa até a queda do muro de Berlim. Podemos observar também que a noção de cidadania, ao longo da história, tem designado

um privilégio, uma entidade excludente. Pouco a pouco vem desligando-se da vinculação de desigualdade, mas não tem conseguido em sua totalidade.

Podemos afirmar que o que nos faz cidadãos é, sem dúvida alguma, “pertencer a uma cidade”, o que significa dizer que a cidade é uma “coletividade de indivíduos”, organizados sob determinados aspectos, procedimentos e normas, que irão condicionar as ações comuns e individuais com o objetivo de resolver e enfrentar os conflitos do “espaço ou esfera pública”, pois o “cidadão se faz fazendo sua cidade” (MARTÍN, 2005).

Dessa forma, se mostra intrínseco o cotejo entre cidadania e a cidade, e, por conseguinte, com o Legislativo municipal. Então, com o surgimento e o crescimento do cidadão como um ator social dotado de direitos e obrigações, o qual passa a fazer parte da sociedade como titular de direitos, os quais hoje ainda estão sendo ampliados e incorporados, sejam direitos fundamentais, humanos, políticos, sociais, econômicos, enfim, passa a fazer parte de uma agenda de instrumentos eficazes ao desenvolvimento integral do cidadão.

2 A PARTICIPAÇÃO NA ESFERA PÚBLICA NA CONSECUÇÃO DO IDEÁRIO CIDADÃO

Como já vimos, o termo cidadania é polissêmico; mas, cabe aqui delimitar o que se pretende neste trabalho. Sabe-se que a origem da cidadania está nos Direitos Humanos, porém de forma mais restrita. Assim, partindo dessa premissa, vamos analisar a importância da participação para a construção de uma cidadania ativa.

Clovis Gorczewski e Tauchen (2007) ressaltam que não se pode confundir direitos humanos com cidadania, pois os direitos humanos são supranacionais e inerentes ao homem, já a cidadania é conquistada ou concedida pela própria sociedade política, vinculada ao Estado.

É, sem dúvida, imprescindível haver uma cidadania efetiva na esfera pública, onde as pessoas são educadas para exercer a demo-

cracia no espaço público. Para tanto, é necessário compreendermos o procedimentalismo do direito e a sua ação comunicativa na esfera pública como forma de efetivar uma cidadania democrática. Para Habermas (2003), “o Estado democrático de direito é uma institucionalização de processos comunicacionais necessários para a formação discursiva da opinião e da vontade que o possibilita o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”. Destaca-se, então, a necessidade do direito como interlocutor das relações do Estado e os atores sociais.

Habermas inclusive conceitua o que é a esfera pública, e delimita o seu conceito, visto que é necessário para compreendermos tal espaço:

Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação; o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicáveis são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos [...] A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana. (HABERMAS, 1997)

A esfera pública para Habermas é um fenômeno social elementar, pois a ela não pode ser concebida como uma organização ou um sistema, mas sim um espaço para a comunicação de conteúdos onde se possam exprimir posições.

Para Habermas (2003), o Estado deve cuidar e absorver os interesses públicos, não devendo ser apenas expectador, mas agir com responsabilidade. Por conseguinte, a importância da esfera pública, que é o local onde se poderá exercer a fiscalização, e insistir “nas condições de se manter o direito legítimo”.

Esses fatores atingem o paradigma procedimentalista do direito, de acordo com o mesmo autor, conforme descrito a seguir:

[...] pois a “combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada são a chave para se entender a gênese democrática do direito”. O substrato social, necessário para a realização do sistema de direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos não-estatizados. Com a absorção da *esfera pública* política por parte do poder, existem as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na constituição (referendo popular, desejos do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos (na apresentação dos candidatos, na formação da vontade de interpartidária, etc.). As tentativas visando um controle constitucional maior do poder da mídia caminham na mesma direção. Pois os meios de comunicação de massa carecem de espaço de ação que viabilize a sua independência em relação às intervenções das elites políticas e funcionais, e os coloque em condição de assegurar o nível discursivo da formação pública da opinião, sem prejudicar a liberdade comunicativa do público que toma posição. (HABERMAS, 2003)

O objetivo desse paradigma procedimentalista, é a ocupação dos atores sociais na esfera pública, como forma de efetivação da

cidadania ativa. Entretanto, para haver uma esfera pública é imprescindível a existência da sociedade civil, mas uma sociedade civil diferente daquela da sociedade burguesa, uma sociedade civil desvinculada da economia, como diz Habermas (1997):

O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses “designs” discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõe o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo continuidade e duração.

Nota-se que a sociedade civil, hoje começa a buscar os seus direitos diante do Estado, pois assim começa a dar origem à cidadania ativa. Para tanto, a participação é fundamental, pois, como chama a atenção Liszt Vieira (2004), o cidadão deve participar de forma argumentativa e crítica nos espaços públicos, pois assim se pode estabelecer o debate. E, desta forma, cobrar do Legislativo Municipal os seus direitos. A participação é considerada “um instrumento fundamental para a realização de uma cidadania ativa” (MARTÍN, 2005).

Mas, para isso, é necessário que cada cidadão esteja apto a tomar decisões, visto que esta cidadania democrática é fundamental para testar o interesse público, bem como para expandir a opinião política (D’ENTREVES, 1996).

Hermany (2005) ressalta que a participação deve estar estreitamente ligada aos princípios que informam a atividade administrativa, para que se permita um efetivo processo de coesão na

sociedade, face aos pressupostos da construção de um direito social, e, também, se permita priorizar a participação dos cidadãos na formação das políticas públicas como estratégia de gestão compartilhada.

Assim, para efetivarmos uma participação forte e organizada, é necessário verificarmos a participação cidadã que Elenaldo Teixeira (2001) traz:

[...] participação cidadã: processo complexo e contraditório entre sociedade civil, Estado e mercado, em que os papéis se redefinem pelo fortalecimento dessa sociedade civil mediante a atuação organizada dos indivíduos, grupos e associações. Esse fortalecimento dá-se, por um lado, com a assunção de deveres e responsabilidades políticas específicas e, por outro, com a criação e exercício de direitos. Implica também o controle social do Estado e do mercado, segundo parâmetros definidos e negociados nos espaços públicos pelos diversos atores sociais e políticos.

Essa classificação de Elenaldo Teixeira (2001) se distingue daquela participação social, pois não é uma participação limitada, mas sim uma participação comprometida, Telles (1994) ressalta que “requalificar a participação popular nos termos de uma participação cidadã que interfere, interage e influencia na construção de um senso de ordem pública regida pelos critérios de equidade e justiça” é fundamental.

Elenaldo Teixeira (2001) observa o seguinte sobre participação cidadã:

Ao referir a “participação cidadã” tenta-se, portanto, contemplar dois elementos contraditórios presentes na atual dinâmica política. Primeiro, o “fazer ou tomar parte”, no processo político-social, por indivíduos, grupos, organizações que expressam interesses, identidades, valores que poderiam se situar no campo do “particular”, mas atuando num espaço de heterogeneidade, diversidade, pluralidade. O segundo, o elemento “cidadania”, no sentido “cívico”, enfatizando as dimen-

sões de universalidade, generalidade, igualdade de direitos, responsabilidades e deveres. A dimensão cívica articula-se à idéia de deveres e responsabilidades, à propensão ao comportamento solidário, inclusive relativamente àqueles que, pelas condições econômico-sociais, encontram-se excluídos do exercício dos direitos, do “direito a ter direitos”.

Pode-se concluir que uma participação cidadã efetiva e ativa é ainda hoje algo em construção, pois uma participação coerente e responsável é fruto daquela educação que Foucault aborda. Portanto, para atingirmos uma cidadania responsável e ativa, é fundamental uma participação efetiva e compromissada com os valores éticos.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL: UMA VISÃO CONSUBSTANCIAL DE SUA NECESSIDADE

Faz-se necessária, para melhor elucidação das posturas construtivas da cidadania pelo Poder Local, uma explanação sobre as políticas públicas, suas possibilidades e seus entendimentos.

Podemos conceituar políticas públicas como uma série de respostas ao sistema político, posto frente às demandas sociais e públicas que irão de encontro aos destinatários. Diante disso, a criação e a implementação das políticas públicas estão diretamente ligadas à ação de fazer ou não fazer por parte do Estado (União, Estados e Municípios) que tem por finalidade desempenhar esse papel.

Devem ser entendidas as políticas públicas como uma ação coletiva desenvolvida pelo ente direto, com o objetivo de dar respostas às necessidades da sociedade. Entende-se como um comprometimento do Estado diante de uma determinada sociedade, lembrando-se sempre que as políticas públicas efetivam os direitos sociais garantidos e declarados em Lei (CARVALHO, 2003).

Para Heringer (2002), política pública é a “ação de determinado governo, orientado para atingir fins específicos, ou seja, é um meio para se atingir determinada meta econômica ou social”.

Na lição de Azevedo (2003), as políticas públicas formam duas características distintas: a primeira procura uma coesão para delimitar o que se pretende fazer ou não, pois quanto maior for o consenso, mais facilmente essas políticas sugeridas poderão ser efetivadas; e a segunda é a definição de normas e processamento dos conflitos, onde essa definição das normas poderá se dar tanto para uma ação como para uma resolução de conflitos entre agentes sociais e indivíduos.

Vale lembrar que, fazer políticas públicas não é uma função meramente exclusiva do Estado, pois não há relação necessária com ação estatal da Administração Pública; o que existe é uma relação maior com a *res publica*, mas deve ser uma atuação também da sociedade.

Na visão de Viana (1997), Lindblom (1981) e Labra (1999), as políticas públicas possuem cinco etapas, da seguinte forma:

- a) *percepção e definição dos problemas*: é perceber uma situação de dificuldade, e transformar esse problema político;
- b) *construção da agenda*: onde o espaço de constituição da relação de problemas que chamam a atenção do governo e dos cidadãos seja reconhecido determinado tema enquanto problema de ordem pública;
- c) *formulação de políticas*: podemos definir a fase em que a participação dos atores sociais será colocada na agenda, com a criação de alternativas de ação/intervenção de natureza pública, em detrimento das necessidades que constem na agenda política;
- d) *implementação de políticas*: é nessa etapa que a política deve ser formulada, devendo ser definidas as prioridades e transformadas em programa, em que se busca obter impactos e consequências a partir dessa implementação;
- e) *avaliação de políticas*: é a verificação crítica, em que se verifica se as metas antes propostas estão sendo cumpridas; em caso positivo, deve ser continuada, e se caso negativo, deve-se iniciar um novo caminho.

Labra (1999) explica que ainda não estão à disposição modelos acabados ou consensuais para o estudo do processo de produção e implementação de uma determinada política pública, mas sim de variadas correntes, pensamentos e abordagens, pois não há, ainda, uma teoria que por si só dê conta de responder a essas questões.

Nota-se que inúmeras políticas públicas resultam-se fracassadas, certamente em decorrência da falta de planejamento das mesmas, pois geralmente não é feito planejamento ou desenho estratégico para tais políticas. Com isso, surge a necessidade de qualificar e inovar os mecanismos de participação.

Quando se fala em cidadania, traz-se junto uma proposta de desenvolvimento, inclusão, educação e participação, a qual se desenvolve com políticas públicas eficazes e traz o cidadão ao pertencimento das ações locais. Mas o que se quer aqui é algo novo, a partir de uma (re) organização do Estado, com base na descentralização destas políticas públicas, com o objetivo de erradicar os procedimentos clientelísticos da relação Estado e sociedade, trazendo o cidadão para o seu exercício pleno de cidadania como um ator social capaz de transformar e criar novas políticas públicas, e concretizar seus direitos fundamentais.

4 O MUNICÍPIO COMO *LÓCUS* DE FOMENTAÇÃO DO IDEÁRIO CIDADÃO

O município certamente é o espaço legítimo para o debate público e igualitário sobre o que se quer de uma sociedade; é sem dúvida também o *locus* privilegiado de impulsão à constituição de uma sociedade democrática de direito que está em busca de uma cidadania.

Essa nova ideia de Administração Pública e Estado parte de uma conjugação de dois fatores fundamentais para a regularidade das decisões públicas, sendo a primeira a justiça material do Estado de Direito e a segunda a participação popular do Estado Democrático. Assim, essa ideia de controle social para com as decisões públicas surge como destaque, assumindo nova posição nesse

novo contexto, em que a discricionariedade administrativa, marcante característica do modelo do *Welfare State*, abre espaço para uma atuação ativa do Administrador ligada intrinsecamente aos princípios constitucionais. Os atores sociais passam a fazer parte e participam da elaboração das políticas públicas, ou seja, a consolidação da cidadania assume um destaque importante nesse sentido (HERMANY, 2005).

A Constituição Federal de 1998 destacou a importância da participação, chamando atenção que ela deve ser concretizada e concebida em todas as esferas políticas. O município é, sem dúvida, o campo mais propício para o desenvolvimento da cidadania, visto ser o seu *habitat* natural, o qual aproxima o cidadão das questões que lhe são inerentes, bem como aproxima o cidadão dos seus governantes locais, sendo um meio facilitador para o desenvolvimento da participação.

A noção de espaço local é, sem dúvida, um elemento importante que está intrinsecamente ligado ao processo de democratização; é onde mostra uma compreensão das formas administrativas locais, chamando atenção para a descentralização dos espaços públicos e das políticas sociais (DRAIBE, 1990). É nesse sentido que, no campo das políticas públicas, se tem como uma das principais inovações o elevado grau de participação popular nos diferentes níveis de desenvolvimento, como forma de implementação das políticas e do pleno exercício da cidadania, buscando concretizar os direitos fundamentais.

A intensificação da ação e da participação dos “clientes” nas políticas de *Welfare* parece estar constituindo, em quase todo o mundo, tendência a diminuir o grau de passividade com que anteriormente eram aquelas recebidas e, mais do que ‘dinamizar’ os direitos sociais, rearticulam o espaço, a trama social na qual se processam as políticas. [...] Em outras palavras, as associações de vizinhança, de moradia, os organismos comunitários, as organizações voluntárias de todo o tipo que se formam nas e para as políticas sociais estariam expressando aquele movimento social mais profundo de contínua reorganização do tecido social [...]. (DRAIBE, 1990)

O federalismo tem como uma de suas bases a existência da esfera local, que atribui grande responsabilidade a essas competências autônomas. Portanto, fica muito estreita a relação da construção dos direitos sociais com o que está previsto nas competências municipais constitucionalmente, pois se torna uma forma de apropriação do espaço público pela sociedade, visto o fator potencial da esfera local. Deve-se observar que isso não basta para construir uma cidadania eficaz e governante, mas se sabe que é nesse espaço privilegiado onde melhor se manifestam as formas de sociabilização e participação.

Vejam-se então os ensinamentos de Norberto Bobbio (1996):

A imagem de um ordenamento, composto somente por dois personagens, o “legislador” que coloca as normas e os “súditos” que as recebem, é puramente escolástica. O legislador é um personagem imaginário que esconde uma realidade mais complicada. [...] A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho. [...] Por essas razões, em cada ordenamento, ao lado da fonte direta, temos fontes indiretas que podem ser distinguidas nestas duas classes: fontes reconhecidas e fontes delegadas [...] Outra fonte de normas de um ordenamento jurídico é o poder atribuído aos particulares de regular, mediante atos voluntários, os próprios interesses: trata-se do chamado poder de negociação.

Hermany (2007) ressalta que se deve romper com essa ideia de cidadão somente como um mero destinatário das políticas públicas, mas sim trazê-lo para uma cidadania efetiva, ativa e emancipatória, a qual será construída através de uma plena interação entre a sociedade e o espaço público estatal. Por isso, o espaço local é o campo favorável para se construir essa responsabilidade que é potencializada pelo sentimento de pertencimento e solidariedade.

O fortalecimento da esfera local e, conseqüentemente, dos cidadãos é, sem dúvida, uma condição de preexistência da demo-

cracia, conforme se observa nas regras de gestão democrática da cidade para consolidarmos uma democracia participativa (AMARAL, 2003). Democracia participativa se efetiva através da chamada dos cidadãos para uma cidadania ativa, mas não apenas aquela ligada à ideia de simplesmente votar.

Dessa forma, o debate público e a participação assumem uma grande relevância, conforme explica Jürgen Habermas (1997):

A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação de opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças à qualidade racional de seus resultados. Por isso, o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante.

Nesse contexto, pode-se perceber que a cidadania é parte de uma série de direitos e deveres do indivíduo diante da sociedade e do Estado, os quais resultam da democracia. Portanto, a cidadania ativa é fundamental para a democracia, pois é ela que irá exercer a fiscalização das instituições públicas.

Ressalta-se que o pleno exercício da cidadania implica diretamente uma participação compromissada com a esfera pública, resultando a cidadania ativa em acompanhar e participar de forma efetiva dos espaços públicos locais, na formulação das políticas públicas.

A partir da redefinição dos espaços públicos, o Estado deve surgir como um espaço neutro, que auxilie a sociedade frente às novas necessidades, e que, por meio dos novos atores, vá ao encontro da transparência na gestão pública. Assim, o Estado passa a ser entendido como ente regulador, indutor e garantidor da ordem pública e não mais como um poder distanciado de seus comandados, mas que começa a pensar nas necessidades de seus cidadãos (RUEDIGER, 2005).

Assim, a cidade deve ser, por conseguinte, o lugar do exercício pleno da cidadania. Isso significa que a cidade não só deve proporcionar as condições para que o ser humano se desenvolva material

e culturalmente, mas ela também deve ser fruto do desejo e obra de todos os seus cidadãos. Portanto, a política de desenvolvimento urbano deve ser fruto desse exercício.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após delinear sobre a importância de uma agenda para as políticas públicas, percebe-se que desde já não há um planejamento para essas políticas, pois muitas vezes não se estabelecem prioridades, não tanto por falta de recursos, mas sim por falta de resultados em curto prazo, o que não interessa a muitos governantes.

Adentrando no tema, temos certeza de que, para a construção de uma cidadania ativa e emancipadora, é fundamental uma educação para a cidadania. Foucault observava atentamente para essa construção, a qual vem ao encontro das necessidades dos atores sociais de participarem com eficiência na esfera local, e se faz importante trazer o cidadão para a esfera pública que Habermas aborda.

A cidadania é construída de forma veemente, participativa e dialógica, delimitada através dos interesses dos seus cidadãos, sendo a educação o ponto primordial e delimitador na consequente intercomunicação entre os atores sociais, promovendo-se, assim, a real emancipação social da comunidade e, conseqüentemente, do próprio Estado, em sentido amplo.

Participar da esfera pública é, sem dúvida, exprimir posições e, para tanto, o meio é a participação direta na esfera local, que é o local privilegiado. É na comunidade que se podem vislumbrar as melhores posturas na construção de uma relação dialógica e emancipatória na busca da concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coords.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Sérgio de. *Políticas públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação*. In: SANTOS JR., Orlando A. (Org.). *Políticas públicas e gestão local*. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

BARRERO, Zapata, R. *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Barcelona: Anthropos, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8. ed. Brasília: UnB, 1996.

BRANCO, Guilherme Castelo. Kant no último Foucault: liberdade e política. In: CALOMENI T. C. B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2004.

CARVALHO, Alysson (Org.). *Políticas Públicas*. Belo Horizonte: UEMG, 2003.

CAVALCANTI, B.S.; RUEDIGER, M.A.; SOBREIRA, R. (Orgs.). *Desenvolvimento e construção nacional: políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

COSTA, Marli M. M. da; PORTO, Rosane T. Carvalho. Educação para cidadania. In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

D'ENTREVES, Alessandra Passerin. Derecho natural. In: _____. *Crítica del Derecho Natural*. Madrid: Taurus, 1966.

DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas sociais brasileiras: diagnósticos e perspectivas. In: IPEA. *Para a Década de 90: Prioridades e Perspectivas de Políticas Públicas*. Brasília: IPEA/IPLAN, 1990. v. IV: Políticas Sociais e Organização do Trabalho.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

GORCZEVSKI, Clovis; TAUCHEN, Gionara. Educar para os Direitos Humanos, ou para a Cidadania? In: GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

GURVITCH, Georges. Sociologia do direito: resumo histórico-crítico. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. *Sociologia & Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HERINGER, Rosana Rodrigues. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ, J. N.; GOMES, E. C. (Ed.). *Participação Social e gestão pública: as armadilhas da política de descentralização*. Belo Horizonte: Segrac, 2002.

HERMANY, Ricardo. Novos paradigmas da gestão pública local e do direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato, (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

_____. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2007.

LABRA, M. E. Análise de políticas, modos de policy-making e intermediações de interesses: uma revisão. *Phisys – Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 131-166, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LINDBLOM, C. E. *O Processo da decisão política*. Brasília: UnB, 1981.

MARTÍN, N. B. *Os novos desafios da cidadania*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

RUEDIGER, Marco Aurélio; RICCIO, Vicente. O novo contrato social: desenvolvimento e justiça em uma sociedade complexa. In: CAVALCANTI, B. S.; RUEDIGER, M. A.; SOBREIRA, R. (Orgs.). *Desenvolvimento e construção nacional: políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Equip; Salvador: UFBA, 2001.

TELLES, Vera. Sociedade civil, direitos e espaços públicos. In: VILLABÔAS, Renata (Org.). *Participação popular nos governos locais*. São Paulo: Pólis, 1994.

VEIGA NETO, Alfredo. *Foucault e a educação*. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

VIANA, A. L. A. Enfoques metodológicos em políticas públicas: novos referenciais para os estudos sobre políticas sociais. In: CANESQUI, A. M. *Ciências Sociais e Saúde*. São Paulo: Hucitec/Abrasco, 1997.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA E PLURALISMO JURÍDICO: EXPERIÊNCIAS DE JURIDICIDADE EMANCIPATÓRIA NO ENSINO SUPERIOR CATARINENSE

Carlos Magno Spricigo Venerio

Bacharel em Direito pela Unisul. Mestre em Teoria do Direito pelo CPGD-UFSC. Doutorando em Direito – CPGD/UFSC. Professor do Curso de Direito da Unesc. Pesquisador do Nuped/Unesc. Membro da Diretoria da Abedi.

E-mail: profcarlosvenerio@gmail.com..

Daniela Richter

Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Direito, Advogada, Professora concursada da UNISC, Professora do Centro Universitário Franciscano (Unifra). Integrante do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas da Unisc. E-mail: danielarichter@ibest.com.br

1. Quando se trata de analisar o Ensino Superior no Brasil, percebe-se que se constituiu de maneira bastante consistente a ideia de que as Instituições de ensino Superior só podem ser classificadas, em última análise, em públicas ou privadas. Dentre as públicas se inserem as estatais, abrangendo instituições federais, estaduais e municipais, mantidas com recursos públicos. No campo das privadas ficariam aquelas assim discriminadas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação: particulares, comunitárias, confessionais e filantrópicas.

Ocorre que a inserção das Universidades Comunitárias no rol das Instituições de Direito Privado acaba por impedir que se identifiquem devidamente neste tipo de IES, os elementos que apontam para um modelo institucional novo que se insere numa camada intersticial entre o público e o privado, mais propriamente, segundo Frantz, numa esfera pública ampliada, não estatal:

Aqui, o termo *comunitário* guarda conteúdos específicos que traduzem diferentes aspectos e características relacionadas à natureza da iniciativa: dimensão local ou regional, identidade cultural, iniciativa e gestão da sociedade civil de uma determinada região, desvinculada de credo político ou religioso. (FRANTZ, 2006, p. 130)

Essas instituições, que surgiram da articulação de atores locais/regionais em torno da necessidade de educação em nível superior em uma dada comunidade, apresentam em seu hibridismo, mormente as fundações públicas de Direito Privado que são encontradas nos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, uma configuração historicamente construída que não obtém uma adequada identificação científica nos moldes da ciência jurídica tradicional. Afirma Frantz,

Portanto, está posto o desafio para encontrar as bases, sejam elas de natureza jurídica ou não, de um denominador comum que permita distinguir e identificar, ao mesmo tempo, a organização e o funcionamento do modelo novo de universidade. (2006, p. 139)

O mesmo autor evidencia os elementos que fazem da universidade comunitária uma experiência coletiva diferenciada das demais experiências no ensino superior, sendo que as peculiaridades das universidades comunitárias poderiam ser encontradas:

- no conceito de comunidade da qual nasce a mantenedora;
- no controle e propriedade do patrimônio;

- na aplicação de seus excedentes financeiros na educação;
- na organização da gestão;
- no controle da administração;
- na escolha dos dirigentes;
- na participação de setores representativos da sociedade civil nas instâncias administrativas da mantenedora e dos conselhos das universidades. (2006, p. 153)

O presente estudo tem por objetivo escutar a realidade das Universidades Comunitárias do Estado de Santa Catarina a partir do marco teórico desenvolvido pelo Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer, o pluralismo jurídico comunitário-participativo, que deverá possibilitar encontrar na experiência histórica do objeto de estudo desta pesquisa, suas especificidades.

Em especial, esta pesquisa focará nas experiências emancipatórias existentes nestas IES, com destaque para as práticas democráticas de gestão, abrangendo: 1) processos democráticos de produção normativa; 2) a escolha dos dirigentes das IES; 3) mecanismos de participação da comunidade nos assuntos da IES; 4) mecanismos de resolução de conflitos entre os membros de sua comunidade interna e 5) estruturas institucionais de poder.

2. A presente pesquisa buscará escutar o fenômeno das universidades comunitárias catarinenses¹ na perspectiva teórica do pluralismo jurídico comunitário-participativo. Mais especificadamente, o estudo focará os processos democráticos de produção normativa, escolha dos dirigentes e mecanismos de resolução de conflitos destas instituições, avaliando se constituem-se de forma a configurar nas autodenominadas universidades comunitárias um fator de diferenciação e identidade legítimos. Para a consecução de tal fim, é importante especificar o que se entende por (1) pluralis-

¹ As universidades comunitárias catarinenses são associadas ao denominado sistema Acafe. A Associação Catarinense das Fundações Educacionais (Acafe) é uma associação civil criada em 1974 para congregar e integrar as entidades mantenedoras do ensino superior no Estado de Santa Catarina.

mo jurídico comunitário-participativo, (2) universidade comunitária e (3) processos democráticos de produção normativa.

2.1 PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO PARTICIPATIVO

Para a presente pesquisa, adotar-se-á como marco teórico o pluralismo jurídico comunitário-participativo desenvolvido recentemente pelo professor doutor Antonio Carlos Wolkmer.

O pluralismo jurídico parte do diagnóstico de crise do modelo tradicional do direito, que se consolidou durante a modernidade ocidental, denominado monismo jurídico, onde o Estado Nacional moderno pretendeu monopolizar para si toda forma de manifestação do Direito. Este projeto, resultante do iluminismo político, tinha como exigência:

[...] a universalidade dos direitos humanos, a defesa em torno do sujeito individual de Direito, a divisão e equilíbrio dos poderes constituídos, o arranjo democrático através de um sistema representativo e, por último, a plena libertação sócio-política do homem. (WOLKMER, 1994, p. 60)

Não obstante, suas intenções iniciais não lograram o iluminismo técnico-científico de seus objetivos, tendo servido mais à alienação, repressão e desumanização. Ademais, com a crise do capitalismo monopolista e a globalização, o modelo monista que vigeu por mais de dois séculos não consegue mais dar conta do “[...] universo complexo dos sistemas organizacionais e dos novos sujeitos sociais.” (WOLKMER, 1994, p. 62).

O modelo de estruturação do Direito moderno passa por uma crise em quatro formas identificáveis: crise de legitimação, de motivação, econômica e de racionalidade. Para Wolkmer, a crise do monismo estatal significa que ele se tornou incapaz de, por meio de suas regras vigentes, solucionar os problemas que se apresentam e, em virtude disso, torna-se ele próprio a “[...] fonte privilegiada da crise e das incongruências.” (1994, p. 67).

A proposta pluralista se insere a partir destas constatações de falência do modelo tradicional hegemônico denominado monismo jurídico. Pretende:

[...] um novo paradigma de validade para o Direito alicerçado num certo tipo particular de pluralismo, capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais (**institucionalizadas ou não**), engendradas por carências e necessidades próprias das contingências de sujeitos coletivos recentes [...]. (WOLKMER, 1994, p. 68) (grifo nosso)

Podemos perceber a existência de dois tipos de pluralismos jurídicos: a perspectiva pré-moderna e a pós-moderna.

A concepção Pré-moderna do pluralismo jurídico está estruturada na instrumentalização de uma razão anti-humanista, pautada na utilização da coerção física (ilegítima) e na mais absoluta repressão social. É o que se apresenta nas grandes favelas do Brasil, na imposição de códigos de postura pelos chefes de traficantes e demais organizações criminais existentes (como o Primeiro Comando da Capital, organização de presos e delinquentes sediada em São Paulo). Seria ainda o pluralismo advindo de um golpe de estado ou de invasão internacional, como o percebido no recente conflito ocorrido quando do desmembramento da antiga Iugoslávia em várias nações. Trata-se, no primeiro caso, de uma incompetência do princípio do Estado-nação em dar condições e combate ao crime organizado, que se aproveita dessa debilidade para se impor perante aos moradores populares, especialmente dos favelados.

A outra visão, pós-moderna, parte de uma racionalidade descentralizadora e desestatizadora. Fundamenta-se no discurso da falência do Estado-nação, da sua incapacidade estrutural para dar respostas para as mais diversas relações sociais que a humanidade, em tempos de início de século XXI, se apresenta, exigindo respostas concretas e imediatas. Conforme o tipo de resposta apresentada, podemos reclassificar a corrente pós-moderna em três grupos distintos:

A primeira a merecer destaque seria o pluralismo jurídico de caráter institucional formal, advindo da percepção das fontes de

Direito dentre os diversos organismos estatais de Direito Público Internacional. É o Pluralismo que surge das relações internacionais e dos acordos (mormente econômicos) assinados entre os países modernos. Este pluralismo é o único tipo aceito por Hans Kelsen, que exigiu, no entanto, a postura *praeter e secundum legem* de ordem interna, não admitindo as normas advindas dos acordos internacionais de ordem *contra legem*, já que afirma:

Os que aceitam a hipótese do Direito Internacional, porém, estão igualmente incorretos quando sustentam que o Direito Internacional se sobrepõe ao Direito nacional, que uma norma do Direito nacional é sempre nula se contradiz uma norma do Direito internacional. (KELSEN, 1992, p. 375)

No entanto, nos dias de hoje, podemos perceber, muitas vezes, a incompatibilidade entre normas internas e acordos internacionais, colocando-se, então, estas normas não como caráter integrativo à ordem pública interna, mas num pluralismo jurídico consolidado. Entendemos ter este tipo de pluralismo um caráter conservador já que não altera a realidade social, apenas redefinindo o *status quo*.

A segunda possibilidade de Pluralismo Jurídico de ordem pós-moderna, completa-se com a anterior como posturas consequentes do fenômeno político, social e econômico dos dias atuais; a globalização. É um pluralismo que surge como resposta às necessidades dos grandes grupos econômicos privados, que lutam, principalmente, pela flexibilização dos direitos sociais, especialmente no campo trabalhista. É um discurso de retroagir as consolidações sociais no positivismo moderno, como é o caso do direito de greve, muito comum na Europa contemporânea e que explica as ressalvas com que muitos juristas progressistas encaram o pluralismo jurídico e até mesmo o chamado direito alternativo. Atualmente, estes discursos estão presentes nos grupos conservadores e, por isso mesmo, denominado por nós como um pluralismo jurídico de caráter reacionário.

Por fim, a terceira visão pós-moderna trabalha com outra perspectiva. Se as duas anteriores trabalham com a visão do deslo-

camento do princípio do Estado para o princípio Mercado, a terceira corrente trabalha com este mesmo deslocamento para o princípio rousseauiano (ROUSSEAU, 2008) de comunidade. Este pluralismo, que se contrapõem a todas as tipologias anteriores apresentadas, tem caráter progressista, já que trabalha tão somente com a perspectiva de construir um novo direito baseado na luta pela emancipação e libertação do ser humano de toda e qualquer forma de opressão e dominação. Este é o único tipo de pluralismo jurídico que não nega, de todo, o direito estatal, trabalhando, numa perspectiva dialética de transformação processual permanente, construindo um Direito que viria a ser um permanente devir, *“cujo objetivo consiste em encontrar a máxima adequação entre as normas jurídicas e a conjuntura social”* (ARNAUD, 1999, p. 248). Como exemplos, temos o pluralismo jurídico construído pela Nova Escola Jurídica Brasileira e o denominado pluralismo jurídico comunitário-participativo, proposto por Antonio Carlos Wolkmer, trabalhando voltados para outra realidade sociopolítica de capitalismo periférico, especificadamente, a realidade latino-americana.

Conforme este novo paradigma, existiriam cinco requisitos que pressupõem o Estado plural. A ação e a legitimidade dos sujeitos coletivos de direito, especialmente os movimentos sociais; a constituição de um sistema econômico que atenda às necessidades humanas fundamentais de toda a comunidade; a descentralização democrática e a participação popular nas instâncias de decisão; a criação de um sistema pedagógico baseada na ética da alteridade e, finalmente, a racionalidade humana comprometida com a emancipação dos povos.

Somente trabalhando com estas premissas, poderíamos perceber um pluralismo jurídico de caráter libertador e, por isso mesmo, progressista. Cabe agora, aos juristas do século XXI, a tarefa de pautar em posturas ainda mais claras e concretas esta tipologia libertadora, construindo um Direito que consiga realmente responder a todas as demandas que lhe são impostas pela sociedade no limiar do novo milênio, naquilo que seria, enfim, denominado de pós-modernidade.

A teoria pluralista permite identificar nos corpos intermediários da sociedade atual, fenômenos que o modelo tradicional hegemônico com suas dicotomias rígidas acaba por colocar à sombra. De fato, o pluralismo defende que:

[...] amplas parcelas dos ‘corpos intermediários’, com baixo grau de institucionalização, são capazes de elaborar e aplicarem suas próprias disposições normativas, dentre as quais: as corporações de classe, associações profissionais, conselhos de fábrica, sindicatos, cooperativas, agremiações esportivas e religiosas, **fundações educacionais** e culturais etc. (WOLKMER, 1994, p. 140) (grifo nosso)

Assim, a presente pesquisa acredita que o modelo teórico do pluralismo jurídico pode fornecer as ferramentas necessárias para dar visibilidade a um rico conjunto de práticas jurídicas que se realiza no âmbito das universidades comunitárias, possibilitando o reconhecimento de uma juridicidade autônoma e emancipatória que surgiu a partir da necessidade cultural de acesso das comunidades interioranas à educação superior.

2.2 UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA

A instalação de universidades no Brasil é fenômeno tardio, fruto da política colonial portuguesa que reservava à metrópole a exclusividade da formação no ensino superior (TEIXEIRA, 1989, p. 65). Somente nas primeiras décadas do século passado que viemos a conhecê-las e, em 1940, não havia mais que sete universidades, todas públicas e estatais. Para quebrar este monopólio, em 1944, foi fundada a primeira Pontifícia Universidade Católica, na cidade do Rio de Janeiro, então capital da República. As universidades comunitárias só surgiram mais recentemente, florescendo especialmente nos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Em muitos lugares do país este modelo de universidade sequer é conhecido (FRANTZ, 2006, p. 127). Compreensível, então, que tenha sido, até o momento, pouco estudada e haja pouca bibliografia a seu respeito.

Vannucchi (2004, p. 10) narra o aparecimento destas instituições, que surgiram da ausência do Estado na prestação do direito à educação, mormente à educação superior, em especial nos estados do Sul do país. Ausente o Estado e diante das dificuldades das instituições confessionais, instalaram-se fora das capitais as comunidades locais interioranas, enfrentando o desafio de prover, elas mesmas, o ensino superior em suas regiões de abrangência. Inicialmente, isto foi feito mediante a criação de faculdades isoladas, que paulatinamente foram se tornando universidades comunitárias. Criadas pelos municípios e mantidas em grande medida pelas mensalidades dos alunos que as frequentam, essas instituições vêm se caracterizando por serem experiências de autogestão (CASTORIADIS, 2005, p. 62) que, nascidas das necessidades culturais de direito à educação (WOLKMER, 1994, p. 152), trazem, por sua configuração idiossincrática, uma relevante colaboração ao quadro das universidades brasileiras, em especial, por se configurarem em espaços de construção autônoma de diversas práticas emancipatórias no campo da educação, com decisivos reflexos na produção de uma juridicidade alternativa.

Mas, o que são afinal as universidades comunitárias? A Constituição Federal, em seu artigo 213, ao tratar da destinação de recursos públicos, reconhece a existência de escolas comunitárias. Vejamos:

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes em educação;

II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. (BRASIL, 2004)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, por sua vez, define o entendimento legal sobre instituições comunitárias, em seu inciso II:

– comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídi-

cas, inclusive cooperativas de professores e alunos que incluem na sua entidade mantenedora representantes da comunidade; (VANNUCCHI, 2004, p. 21)

Com Vannucchi, podemos nos valer do Estatuto da Associação Brasileira das Universidades Comunitárias, que, em seu artigo 7º, elenca requisitos para ser afiliado daquela organização:

Art. 7º. Para o ingresso e permanência de uma Instituição de Ensino Superior na ABRUC, é necessário também que a sua mantenedora preencha cumulativamente os seguintes requisitos:

I – estar legitimamente constituída no país, sob a forma de fundação de direito privado, de associação ou de sociedade civil;

II – pertencer o seu patrimônio a uma comunidade, sem dependência do poder público, de famílias, empresas ou outros grupos com interesses econômicos;

III – aplicar integralmente no território nacional suas rendas, recursos de qualquer espécie e eventual resultado operacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;

IV – não distribuir resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas de seu patrimônio, sob nenhuma forma ou pretexto;

V – não privilegiar seus integrantes, associados, membros, participantes, instituidores ou filiados, na prestação de seus serviços;

VI – ter como instância máxima uma Assembleia ou Conselho com a participação de representantes da comunidade na qual está inserida;

VII – ter o controle da administração da gestão financeira de todos os seus recursos através de organismos com participação da comunidade à qual está vinculada e, no caso das fundações, também através do Ministério Público;

VIII – não remunerar seus dirigentes, integrantes, membros, participantes, instituidores ou filiados, com salários, vanta-

gens, dividendos, bonificações ou parcelas de seu patrimônio, quando no desempenho de suas funções estatutárias, nada impedindo, entretanto, que eles recebam por seu trabalho, no exercício de funções docentes ou administrativas, nas instituições mantidas;

IX – destinar, em caso de dissolução ou extinção da entidade, o patrimônio remanescente a uma entidade pública com finalidades similares;

X – ser reconhecida como entidade de Utilidade Pública Federal, Estadual ou Municipal;

XI – manter sempre presente seu objetivo social, considerada a natureza e o interesse público de suas atividades;

XII – zelar para que o seu patrimônio e suas atividades estejam vinculadas diretamente aos seus objetivos e funções; (VANNUCCHI,, 2004, p. 22)

Conclui o autor citado que:

Universidade comunitária é a universidade instituída, mantida e supervisionada por uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, gerida por colegiados constituídos de representantes de professores, alunos e funcionários e da sua entidade mantenedora, bem como da sociedade em geral. (2004, p. 32)

Frantz ensina que,

No caso das universidades de direito privado, laicas, fundacionais ou associativas, o termo é usado para expressar a organização da própria sociedade civil, normalmente em âmbito regional, com o objetivo de implementar um projeto comum de ensino superior: a universidade comunitária. Traz implícita uma resposta à ausência da sociedade política, no espaço regional de ensino superior. Nesse caso, o termo comunitário aparece como a idéia ou força que agrega pessoas e organizações para a viabilização do projeto comum. (2006, p. 143)

Especial destaque na configuração das universidades comunitárias como um caso *sui generis* encontra-se na sua gestão, que há de ser pautada por valores democráticos e incluir membros da comunidade “externa”. Vannucchi destaca que, quanto a este ponto, a gestão universitária da universidade comunitária deve ser feita “[...] priorizando a participação democrática, a transparência, a ética e a construção coletiva do fazer universitário” (2004, p. 64).

2.3 DEMOCRACIA E PROCESSOS DEMOCRÁTICOS DE PRODUÇÃO NORMATIVA

Para que se tenha claro o que se quer significar ao falar-se em gestão democrática, necessário se faz definir o conceito de democracia com o que se opera. Neste sentido, encontramos a elaboração do filósofo francês Claude Lefort, que, segundo acreditamos, é a que possibilita uma apreensão do que distingue intrinsecamente a democracia.

Segundo esse autor, o advento das sociedades totalitárias no século passado – onde se inserem a Itália fascista, a Alemanha nazista e a Rússia estalinista, principalmente –, permite lançar sobre a democracia um olhar mais profundo, que nos possibilite entendê-la não apenas como um regime político, mas sim como uma forma de sociedade.

Lefort critica o ponto de vista da ciência em geral e, mais especificamente da sociologia e da ciência políticas em particular. Sua maior deficiência está em delimitarem o seu objeto – o fato político – como fato particular, não relacionado com outros fatos sociais particulares, como o econômico, o jurídico, o estético etc. Somente o ponto de vista da filosofia política pode dar conta do fato mesmo de que estas esferas tenham podido ser circunscritas, e de que esta circunscrição possui um significado geral, e não particular (LEFORT, 1991, p. 25).

Desta forma, somente a abordagem do ponto de vista da filosofia política nos permitirá distinguir entre *o* político e *a* política e, a partir desta distinção, definir a democracia, além da insuficiente

visão da ciência e sociologia políticas – entre as quais se incluem as teorias vistas nos itens anteriores – de democracia como forma de governo, como uma forma de sociedade que, enquanto tal, deve ser vista como oposta ao totalitarismo por princípio. Para Lefort, a política diz respeito somente ao âmbito do Estado, à esfera de atividade política estatal, enquanto que a expressão o político é mais abrangente, englobando o que denomina espaço público, constituído pela sociedade civil e o Estado (CAVALCANTI, 1985, p. 35). É esta abordagem que permite a investigação daquilo que constitui o caráter substantivo da democracia, ao invés de apenas permitir classificar modalidades de regimes democráticos.

E na busca deste elemento fundamental que caracteriza a democracia, vemos que é somente a partir da consideração do fenômeno totalitário que podemos perceber nela este novo relevo. A filosofia política sempre teve por objeto a diferenciação entre regime livre e o seu oposto, o despotismo nas suas variadas formas. Esta forma de sociedade, que Lefort aponta como nova, diferente dos despotismos anteriores, especialmente por não apontar para um além da sociedade, por ser produzida pelos homens que a povoam, nasce de uma mutação simbólica fundamental:

O totalitarismo moderno surgiu de uma mutação política – mutação de ordem simbólica – que atesta, da melhor maneira possível, a mudança de estatuto do poder. [...] Opera-se uma condensação entre a esfera do poder, a esfera da lei e a esfera do saber. O conhecimento dos fins últimos da sociedade – das normas que regem as práticas sociais – torna-se propriedade do poder, ao passo que esse poder mostra-se como órgão de um discurso que enuncia o real enquanto tal. O poder incorporado em um grupo, e no mais alto grau em um homem, combina-se com um saber igualmente incorporado, de tal maneira que a partir de então nada pode rompê-lo. (1991, p. 27)

Nesta configuração, o Estado e a sociedade civil se fundem pela ação onipresente do Partido, mediante a ideologia dominante e um processo de instituição de uma lógica de identificação é acionado, produzindo a representação de uma sociedade “*homogênea*”

e transparente a si mesma”, negando-se os conflitos e diferenças de toda ordem, sob a afirmação do “*povo-UM*”.

Este *povo-Um*, fruto da identificação mitificadora do proletariado – ou da raça – com o povo na sua *essência*, combina-se com a imagem do *poder-Uno*, nas mãos de um grupo dirigente e, depois, do líder que encarna a unidade e a vontade populares. Os discordantes constituem um elemento estranho ao organismo social, parasitas que devem ser eliminados. O totalitarismo é um organicismo, mas levado a extremos, onde a sociedade é uma organização que compreende redes de micro-organizações:

A modernidade do totalitarismo designa-se por combinar um ideal radicalmente artificialista com um ideal radicalmente organicista. A imagem do corpo conjuga-se com a da máquina. (LEFORT, 1991, p. 28)

A democracia é a sociedade onde o *direito* e o *saber* são exteriores ao *poder* e todos eles são postos continuamente à prova. Assim, além desta não apropriação do *saber* e do *direito* pelo *poder*, este é concebido como lugar vazio, pois os sujeitos que o ocupam, o fazem sempre a título provisório, ao contrário da monarquia, onde o poder era consubstancial ao corpo do príncipe. Quanto ao *saber* e ao *direito*, a indeterminação e o questionamento que caracterizam a democracia diferenciam-na propriamente do totalitarismo por constituí-la numa sociedade histórica:

A democracia revela-se assim a sociedade histórica por excelência, sociedade que, por sua forma, acolhe e preserva a indeterminação, em contraste notável com o totalitarismo que, edificando-se sob o signo da criação do novo homem, na realidade agencia-se contra essa indeterminação, pretende deter a lei da sua organização e de seu desenvolvimento, e se delinea secretamente no mundo moderno enquanto sociedade sem história. (LEFORT, 1991, p. 31)

Ensina-nos Chauí que toda sociedade é histórica – e temporal – num sentido amplo, mas apenas existe sociedade propriamente

histórica quando a própria temporalidade encontra-se aí tematizada, e quando esta sociedade está sempre a criar a diferença – e o tempo não é mais do que diferença interna – que institui o passado e cria continuamente o presente:

Produtora de sua alteridade, a sociedade propriamente histórica é aquela que não pode, senão sob a forma da violência e da máscara, repousar numa identidade fixa, onde se reconheceria a si mesma. (CHAUÍ, 1993, p. 16)

Para compreender-se esta separação entre Direito e Poder, faz-se necessário conhecer o carácter simbólico que os Direitos Humanos possuem na sociedade democrática. Longe da acusação marxista de que os Direitos Humanos constituiriam mera expressão da ideologia burguesa, o totalitarismo demonstrou claramente a diferença que existe entre regimes que reconhecem os direitos e aqueles que não reconhecem².

É a noção dos direitos humanos que possibilita a exteriorização do *direito* frente ao *poder*, na passagem da monarquia absoluta cristã para o Estado burguês, já que *poder* e *direito* consubstanciavam-se no corpo do príncipe e a noção de direitos humanos traz a ideia de intangibilidade do *direito*. Não há, é claro, cisão. O *poder* continua como objeto do discurso jurídico, no contínuo exame de sua racionalidade.

Não podemos, segundo Lefort, confundir o carácter simbólico dos Direitos Humanos com o seu carácter ideológico, sob pena de nos inabilitarmos para a apreensão dos prejuízos inerentes às sociedades totalitárias pela sua intrínseca denegação dos direitos humanos. Que também não se confunda seu carácter simbólico com a eficácia e proteção dos direitos humanos: as sociedades democrá-

² “mesmo às vezes insuficientes para resolver os problemas sociais, os direitos, e, principalmente, o direito à enunciação dos direitos, têm também um carácter positivo. Isto significa, como o totalitarismo nos mostra, que uma sociedade sem o respeito ao princípio da lei e ao princípio da liberdade não pode ser democrática. A sociedade democrática é justamente aquela capaz de acolher os conflitos, notadamente aqueles suscitados pelas necessidades das classes mais pobres.” (ROCHA, 1995, p. 14)

ticas apresentam menor ou maior realização destes direitos, mas tal, neste enfoque, é um aspecto secundário; o que importa é que:

A partir do momento que os direitos do homem são postos como referência última, o direito estabelecido está destinado ao questionamento [...] Ora, ali onde o direito está em questão, a sociedade, entenda-se, a ordem estabelecida, está em questão [...] o Estado democrático excede os limites tradicionalmente atribuídos ao Estado de direito. Experimenta direitos que ainda não lhe estão incorporados, é o teatro de uma contestação cujo objeto não se reduz à conservação de um pacto tacitamente estabelecido mas que se forma a partir de focos que o poder, não pode dominar inteiramente. (LEFORT, 1983, p. 56)

Conclui Lefort (1983) que tais direitos existem como princípios geradores da democracia, que não podem ser empiricamente verificados tal como se verificam as instituições que estes princípios animam; daí o seu caráter simbólico. Esta presença da noção de direitos amplia a consciência do direito para além daquele positivado, que passa a ser visto como intrinsecamente mutável e a inscrição de novos direitos passa a ser o sentido das reivindicações que surgem livremente na sociedade. E é sob este impulso dos direitos reivindicados que a trama da sociedade política tende a modificar-se e aparece como passível de modificação, configurando a sociedade democrática como sociedade histórica:

Desse modo, o sentido da ordem fica aberto a um debate sobre a legitimidade e a ilegitimidade de valores, práticas, e reconhecimento de direitos; um debate sem garantias quanto a seus resultados, de onde poderão, inclusive, florescer direitos novos, desencadeados a partir do exercício dos já adquiridos. (CAVALCANTI, 1985, p. 107)

Para Lefort (1983), o espaço público é inconcebível sem este caráter simbólico dos direitos humanos, que possibilitam a formação de sujeitos sociais e polos autônomos de poder, atuando de ma-

neira diversificada. Tal se dá porque os direitos humanos exprimem o princípio democrático do direito aos direitos, ou seja, a “[...] dinâmica dos direitos novos que surge a partir do exercício dos direitos já adquiridos” (CAVALCANTI, 1985, p. 107).

Devemos ressaltar, também, que Lefort, além de investigar aquilo que constitui o cerne da oposição entre os regimes livres e a sociedade totalitária, aponta para o fato de que justamente as ambiguidades e indeterminações que constituem propriamente a sociedade democrática, permanentemente em “invenção”, podem levá-la ao seu contrário. Se é verdade que o totalitarismo é o oposto da democracia “ponto por ponto”, também é verdade que nele encontramos representações que ela, a democracia, virtualmente já apresenta:

Numa sociedade em que os fundamentos da ordem política furtam-se, em que algo conquistado jamais possui o selo da plena legitimidade, em que a diferença entre estatutos deixa de ser irrecusável, em que o direito se mostra em suspenso, face ao discurso que o enuncia, em que o poder se exerce na dependência do conflito – a possibilidade de um desregramento da lógica democrática continua em aberto. Quando a insegurança dos indivíduos recrudescer, em consequência de uma crise econômica, ou de devastações de uma guerra, quando o conflito entre as classes e os grupos exaspera-se e deixa de encontrar uma resolução simbólica na esfera política, quando o poder parece degradar-se ao nível do real, vindo a aparecer como algo de particular servindo a interesses e apetites da torpe ambição, em suma, quando o poder se mostra dentro da sociedade, e, imediatamente, esta se deixa ver despedaçada, então se desenvolve o fantasma do povo-um, a busca de uma identidade substancial, de um corpo social solidamente preso ao topo, de um poder encarnador, de um Estado liberado da divisão. (LEFORT, 1991, p. 35)

Este mesmo alerta para as democracias pode ser encontrado no estudo clássico do totalitarismo que empreendeu Arendt, que afirma:

Pois é perfeitamente concebível, e mesmo dentro das possibilidades políticas práticas, que, um belo dia, uma humanidade altamente organizada e mecanizada chegue, de maneira democrática – isto é, por decisão da maioria –, à conclusão de que, para a humanidade como um todo, convém liquidar certas partes de si mesma. (1989, p. 332)

Para concluir, então, com Lefort, a democracia – muito além da sua mera visibilidade institucional que, enquanto tal, é estudada pela ciência e sociologia políticas a partir da noção de forma de governo – constitui-se numa espécie peculiar de sociedade, por princípio oposta ao seu contrário, o totalitarismo. Esta se caracteriza pela heterogeneidade dos seus membros e pela separação entre as esferas da Lei, do Saber e do Poder – que passa a ser concebido como um lugar vazio; sendo que estas passam a ser alvo de um ininterrupto questionamento.

Fundamental para a constituição da sociedade democrática é o caráter simbólico dos Direitos Humanos, que separa Direito e Poder, criando a sociedade histórica, apta a acolher os conflitos sociais a partir do princípio do direito a enunciação dos direitos, dos novos direitos.

Kelsen também dedicou importantes reflexões ao fenômeno democrático. Num contexto bastante hostil onde debatia à esquerda com os marxistas e à direita com autores como Carl Schmitt, o autor da Teoria Pura do Direito, defendeu a democracia como único sistema político dotado de legitimidade racional, na medida em que é o único que corresponde ao relativismo axiológico. Sabe-se que Kelsen, em decorrência de seus pressupostos epistemológicos – neokantismo e neopositivismo – refuta o absolutismo de valores e, por consequência, as teorias jusnaturalistas e as autocracias (VENERIO, 2008, p. 23).

Kelsen sustenta ser a democracia um sistema de produção normativo e descentralizado, fundado no valor da liberdade como autonomia. Diante das insuficiências apontadas na democracia parlamentar, propugnava Kelsen pelo seu aperfeiçoamento no sentido de aproximar ainda mais o regime democrático do seu valor fun-

damental, repete-se, a liberdade como autonomia. Não obstante, a elaboração do jurista austríaco contribuiu para fundamentar o que Benevides (1998) chama de democracia semidireta, sistema adotado pela atual Constituição brasileira, sua abordagem está exclusivamente ligada ao fenômeno estatal, configurando sua obra ao auge do terceiro grande momento do monismo jurídico ocidental (WOLKMER, 1994).

Wolkmer também cuidou do que denominou de “estratégia de ‘efetividade formal’” ao comentar sobre o fenômeno pluralista na política e no Direito:

Efetivamente, a terceira condição geral para pensar e articular um novo pluralismo de dimensão política e jurídica é viabilizar as condições para a implementação de uma política democrática que direcione e ao mesmo tempo reproduza um espaço comunitário descentralizado e participativo. (1994, p. 222)

Para além das formas burguesas da democracia representativa, que também devem ser aperfeiçoadas, Wolkmer aponta a necessidade de desenvolver novos mecanismos de democracia de base que conviveriam com formas de representação tradicional. Para este autor, a forma democrática mais autêntica é o sistema de conselhos, nas funções de participação, deliberação e controle. (1994, p. 231)

Por último, podemos aduzir que a experiência de gestão nas universidades comunitárias se caracterizam de modo substancial como experiências de autogestão. Vejamos a contribuição de Castoriadis:

Una sociedad autogestionada es una sociedad en la que todas las decisiones son tomadas por la colectividad, que a su vez se ve afectada por el objeto de dichas decisiones. Es decir, un sistema en que aquellos que realizan una actividad deciden colectivamente qué han de hacer y cómo hacerlo, dentro de los límites exclusivos que supone la coexistencia con otras unidades colectivas. (2005, p. 62)

Esta experiência universitária – que realiza, portanto, ensino, pesquisa e extensão – que surge em comunidades regionais específica, se constrói e é consolidada por meio de práticas de autogestão, envolvendo alunos, professores e funcionários. Isto tem produzido uma normatividade específica, de forte caráter público não estatal, que contribui para uma série de processos de emancipação social dos integrantes desta comunidade – universitária e do seu entorno – e que poderá desvelar importantes aspectos por meio da abordagem realizada a partir do ferramental teórico do pluralismo comunitário-participativo.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições Filosóficas do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: *Constituição Federal, Código Eleitoral e legislação complementar*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

CASTORIADIS, Cornelius. *Escritos Políticos*. Madrid: Catarata, 2005.

CAVALCANTI, Lígia Maria da Silva. *A concepção de democracia em Claude Lefort*. Dissertação apresentada ao CPGD/UFSC, 1985. (não publicada)

CHAUÍ, Marilena. *Democracia e Cultura: o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortez, 1993.

_____. *Escritos sobre a Universidade*. São Paulo: Unesp, 2001.

CHIZZOTTI, Antônio. A Constituinte de 1823 e a Educação. In: FÁVERO, Osmar (Org.). *A Educação nas Constituintes Brasileiras: 1823-1988*. Campinas: Autores Associados, 1996. p.31-53.

CHOMSKY, Noam; DIETERICH, Heinz. *A sociedade global: educação, mercado e democracia*. Blumenau: Furb, 1999.

DELORS, Jacques. *A educação para o século XXI: questões e perspectivas*. Porto Alegre: Artmed, 2005.

FÁVERO, Maria de Lourdes de A. *Universidade do Brasil: das origens à construção*. Rio de Janeiro: UFRJ/Inep, 2000.

FRANTZ, Walter. O processo de construção de um novo modelo de universidade: a universidade comunitária. In: RISTOFF, Dilvo; SEVEGNANI, Palmira (Orgs.). *Modelos Institucionais de Educação Superior*. Brasília: INEP, 2006.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares, 2002.

KIPPER, Maria Hoppe; RIZZATO, Elizabeth Pires; VOGT, Olgário Paulo. *Unisc: a construção de uma universidade comunitária*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2005.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar e reforma reformar o pensamento*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa: O projeto político liberal-racional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

TEIXEIRA, Anísio. *Ensino Superior no Brasil: análise e interpretação de sua evolução até 1969*. Rio de Janeiro: FGV, 1989.

VANNUCCHI, Aldo. *A Universidade Comunitária: o que é, como se faz*. São Paulo: Loyola, 2004.

VENERIO, Carlos M. Spricigo. A fundamentação da democracia semidireta nos textos políticos de Hans Kelsen. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de S. (Orgs.). *Estado, Política e Direito: Relações de Poder e Políticas públicas*. Criciúma: Unesc, 2008. p. 21-51.

WEBER, Max. *Sobre a Universidade*. São Paulo: Cortez, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. *Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente*. Barueri: Manole, 2005.

_____. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Ideologia, Estado e direito*, 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

CASA DA CIDADANIA DO CURSO DE DIREITO DA UNESC

Clélia Mara Fontanella Silveira

Professora formada em Direito e Filosofia, pós-graduação: especialização em psicomotricidade e mestrado em Direito, pela UFSC/SC, concentração na área de Instituições Político-Jurídicas, formação de novos sujeitos. Professora de Direito Constitucional do Trabalho, Direito Individual do Trabalho; Prática Processual Trabalhista e Estágio em atendimento nas Casas da Cidadania; Coordenadora Pedagógica do Centro de Prática Jurídica e das Casas da Cidadania de Criciúma, do curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc. Advogada na área trabalhista e cível. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SC. Pesquisadora do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/Unesc).

E-mail: cmfs@matrix.com.br; clelia@unesc.net.

A crise vivenciada pela Justiça oficial, refletida na sua inoperacionalidade, lentidão, ritualização burocrática, comprometimento com os 'donos do poder' e falta de materiais e humanos, não deixa de ser sintoma indiscutível de um fenômeno mais abrangente, que é a própria falência da ordem jurídica estatal. (WOLKMER, 1997, p. 89)

1 CIDADANIA EMANCIPATÓRIA – CONCIDADANIA

No mundo atual, ainda permanece a predominância da centralização administrativa, burocrática e racionalização do poder, com poucos espaços de uma dialogicidade emancipatória, para a maioria dos seres humanos, distante da implementação cotidiana de respeito aos direitos humanos e à cidadania nas comunidades.

Mas há espaços que podem ser construídos, implementados para a busca do “ser cidadão”, “ser cidadã”, onde o oprimido rompe com suas couraças e vem assumir o “[...] papel de sujeito da sua história”, em parceria com o outro (FREIRE, 1980; 2000).

A cidadania (COVRE, 1991; DEMO, 1996; FERREIRA, 1993), ainda que por vezes seja reduzida a um discurso conservador e contraditório, no qual o Estado, inclusive sustentado pelo Direito positivo a serviço das forças oligárquicas e do poder econômico se move nos bastidores, de forma velada, tenta distanciá-la da sua efetiva materialidade para a população, é, ainda, um farol, fermento ideológico, paradigma essencial nos termos sociais, políticos, jurídicos, culturais e educativo-orientadores, que não pode ser enterrado. É ela que mantém a dignidade humana e a justiça social.

Nesta direção, a “concidadania” surge com a prática democrática que envolve todos os cidadãos e cidadãs. A busca de um espaço realmente coletivo, cooperativo, fraterno, científico, criativo e que fortaleça a “concidadania”, a cada dia, é uma necessidade. Manter a aprendizagem jurídica e da vida, ainda “[...] escravizada por idéias e valores antipopulares, introjetados pelos colonizadores” (BOFF, 1997, p. 18), é fomentar a dogmática como reinante e dominadora na solução dos problemas do cotidiano da vida; é manter a decadência humana e institucional jurídica (BOFF, 1997).

Sonhar, planejar e transformar a sociedade hoje pode ser uma utopia e, amanhã, realidade (MORE, 2002).

O respeito aos direitos humanos, à cidadania e à efetivação destes, que é implementada no cotidiano histórico, depende da organização popular, da eficácia da luta permanente das pessoas, enquanto “sujeitos-históricos” trabalham juntos nos grupos organizados, instituições fortalecedoras dos movimentos sociais.

Numa sociedade marcada pela desigualdade, há a necessidade de ultrapassar o monismo jurídico e buscar as bases nos princípios e cidadania. O verdadeiro direito está no cotidiano da vida concreta das pessoas, da luta pela sobrevivência, que se mantém, mesmo contrária às sanções que os próprios grupos estabelecem; inclusive, por vezes, com maior eficácia.

Paralelamente ao Direito Estatal, mantém-se um pluralismo, quer seja reconhecido, ou não, inspira, decide e orienta a vida da maioria dos cidadãos, a vida cotidiana. E, é este mesmo direito, advindo dos movimentos sociais, que provoca a transformação do cotidiano da elaboração das leis de forma dinâmica.

O direito Comunitário-participativo encontra-se fundamentado no pluralismo jurídico e a práxis necessária.

O caráter criativo e supletivo da própria comunidade encontra alternativas necessárias – NOVOS DIREITOS COMUNITÁRIOS, oriundos de “normas programáticas sem efetividade prática”, ou através de “lutas comunitárias e conflitos coletivos” em busca da satisfação das necessidades humanas fundamentais e à respectiva consciência, envolvendo direitos individuais, transindividuais, difusos e coletivos. As demandas por direitos cobrem um largo espectro de necessidades e privações, exigências que alcançam o direito à água, saúde, saneamento, assistência médica; direito de igualdade para mães que trabalham, bem como o direito dos índios às suas terras, o direito das minorias étnicas e os direitos da população por proteção e segurança contra as diversas formas de violência. (WOLKMER, 1997, p. 81-82)

Com o vácuo produzido pela isenção do Estado brasileiro no que concerne à real eficácia das políticas públicas, intensifica-se a necessidade de continuidade da articulação dos mais diversos atores sociais e instituições, para combater o atual quadro social que vivenciamos, inclusive em nível local. Neste contexto, as dificuldades encontradas na busca do fortalecimento da práxis de dos direitos humanos, da dignidade humana e de uma “cidadania emancipatória” em nossa cidade ainda necessita, cada vez mais, de uma ação conjunta das múltiplas instituições. Os cidadãos e cidadãs criumenses atualmente necessitam de ações ou atendimento de instituições e órgãos – governamentais e não governamentais – voltados aos direitos humanos, à cidadania, ao direito coletivo e difuso, não percorrendo divergentes caminhos, o que, na medida em que lhes exigem maior tempo e dinheiro, faz com que esmoreçam na luta contínua pelo exercício dos seus direitos.

É o rumo do fortalecimento dos movimentos sociais populares como “sujeitos coletivos de direito” (WOLKMER, 1997, p. 187). A reordenação do espaço público, para que se vivencie a democracia, descentralização e participação, torna-se indispensável, norteadas por uma “ética da alteridade” e “racionalização emancipatória” (WOLKMER, 1997, p. 198); resolver e aplicar a justiça (ANDRADE, 1996, p. 166). O espaço público, pulverizado pela ação dos movimentos sociais, em permanente “exercício de alteridade”, produzindo o Direito Comunitário autônomo. Assim, a comunidade passa a administrar amplamente sua trajetória, “co-gerir seu destino” (WOLKMER, 1997, p. 225); resolver conflitos e aplicar Justiça (ANDRADE 1996. p. 166).

A vivência de um sistema legal e judiciário onde ocorra sempre o atendimento das necessidades humanas, dos direitos humanos, em suas várias fases, onde as várias contribuições e sugestões da sociedade sejam recolhidas, sistematizadas e implementadas através de um processo de diálogo que Habermas aponta (CADEMARTORI, 1999). E, também, múltiplos mecanismos associativos, que materializam a vivência da democratização e descentralização real de espaços públicos participativos, norteados pela “ética da alteridade”, de fortalecimento do outro e da “democracia-comunitária-participativa”, buscando uma “racionalização emancipatória”. Refletir o direito criticamente significa inseri-lo na cultura existente (WOLKMER, 1995, p. 81).

Nestes espaços poderão germinar e florescer, mesmo que enfrente tempestades dogmáticas do domínio neoliberal, a educação jurídica crítica, “histórica social”, emancipatória, relativa ao saber jurídico, no curso de Direito, que precisa manter-se conscientizando todos os envolvidos contra a exploração do ser humano pelo próprio ser humano (AGUIAR, 1987).

O povo tem direito a manifestar-se e a exercitar a sua cidadania na luta por seus direitos, pela transformação da realidade em que está inserido. E, na transformação dessa realidade, “[...] todo homem é um combatente pelo Direito, no interesse da sociedade” (IHERING, 1987, p. 68).

O poder do povo significa a capacidade reconhecida ao maior número possível de pessoas para viverem livremente, isto é construir sua vida individual através da associação entre o que são e o que pretendem ser, e da resistência ao poder em nome da liberdade quanto da fidelidade a uma herança cultural. (TOURAINÉ, 1996, p. 25)

[...] a fraternidade é quase sinônimo de cidadania porque esta é definida aqui como a filiação a uma sociedade politicamente organizada e controlada por si mesma, de modo que todos os seus membros são, ao mesmo tempo, produtores e utilizadores da organização política, administradores e legisladores. (TOURAINÉ, 1996, p. 105)

Há a necessidade da eterna busca de espaços no cotidiano histórico, para a práxis pluralista alternativa emancipatória em nível de legislação e jurisdição; também, valorização da cultura jurídica informal popular (WOLKMER, 1997).

A sociedade civil busca a solução de seus problemas, quando, consciente, usa de dinâmicas criativas mais justas; com isso implementa a sua cidadania coletiva participativa, ou a “concidadania” (BOFF, 1997, p. 189), numa perspectiva que materializa a autonomia de cada comunidade ou coletividade. São exemplos: as Convenções e os Acordos Coletivos de Trabalho, a prática e o uso do Direito Alternativo; conciliação, mediação e arbitragem (WOLKMER, 1997), desde que não flexibilizem e não renunciem aos direitos tão duramente conquistados.

Há um direito paralelo emergente, insurgente, achado na rua, não oficial, que coexiste com aquele vindo do Estado. É direito vivo, atuante, rebelde, em permanente formação/transformação (CARVALHO, 1998).

É um direito que, de forma profunda, intensa e imediata, vai construindo a história de vida da maioria dos cidadãos e cidadãs; povos, e da humanidade, mas que, por vezes, não se encontra registrado e respeitado no mundo da dogmática, erudito, científico.

A democracia toma corpo quando o povo percebe a força e a criatividade que tem para provocar mudanças que tragam, realmente, benefícios profundos para a maioria, antes excluída, contrariando radicalmente o pacto da mediocridade. Mas não através da força pela força. Com sua força cultural e poder político, o povo estabelece seu poder de mando, suas diretrizes, e põe em execução suas ideias, nas mais diversas áreas, embasadas na Constituição Federal. Assim agindo, atua como cidadão, destacando os interesses populares de inclusão e fortalecimento, tornando o espaço de sobrevivência social, um espaço de manifestação da dignidade humana. Mantém a participação e o direito do outro, com o mesmo interesse que reserva para si.

Fomentar a vida com dignidade, de todos os seres humanos, numa sociedade justa e participativa deve ser preocupação de todos os seres humanos e das ciências, indistintamente.

E, para além da necessária e permanente discussão da eterna “pedagogia da autonomia” nas Casas da Cidadania, há a necessidade permanente da eterna “ação-reflexão-ação-reflexão”, com o máximo de competência reflexiva, científica e técnica; porém permeada pela eterna humildade necessária, pois: “Não nego a competência, por outro lado, de certos arrogantes, mas lamento neles a ausência de simplicidade que, não diminuindo em nada seu saber, os faria gente melhor. Gente mais gente.” (FREIRE, 2000, p. 165). Gente que rompe os muros do isolamento da universidade e espalha o saber pelo ar, mares e rincões com o povo.

2 AS CASAS DA CIDADANIA DO RIO MAINA, PRÓSPERA, COCAL DO SUL E CENTRO

O Projeto do Centro da Cidadania do Centro de Criciúma e das Casas da Cidadania/Gabinetes Avançados de Cidadania do Rio Maina, Próspera e Cocal do Sul são, sem dúvida, um espaço coletivo e de vivência da “cidadania emancipatória”, que precisa, cada vez mais, ser compreendido, refletido, analisado criticamente e fortalecido, por toda a equipe envolvida e pela população. Afinal, foram rea-

lizados cerca de 21.000 atendimentos, no período de 2002 a 2008. Foram milhares de pessoas que receberam orientações jurídicas, buscando a solução para os seus múltiplos problemas.

O projeto, mantido pela Universidade do Extremo Sul Catarinense, no seu Curso de Direito, em parceria com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Municípios de Criciúma e Cocal do Sul, se caracteriza por espaços que oportunizam a vivência da “dialogicidade”, da “ética da concidadania”, da “cidadania emancipatória”, do fortalecimento do respeito aos direitos humanos, à dignidade humana.

O serviço é realizado por profissionais envolvidos no estágio obrigatório e não obrigatório do curso de Direito, com busca permanente de responsabilidade histórico-social, que assistem aos alunos do curso de Direito da nona e décima fases, dando atendimento direto a pessoas, por intermédio da prática de consultoria, assessoria, conciliação, mediação e escritório modelo. Na mediação, o projeto também conta com a participação dos estagiários do curso de Psicologia social e clínica.

O comprometimento cooperativo e coletivo, eficiente e de qualidade histórico-social deve estar presente em cada etapa, desde a análise de cada caso apresentado pelo assistido, que procura o atendimento da Casa, ao tratamento célere, competente e fraterno. A cada semana, educadores e alunos pesquisam, aprofundando e buscando a melhor saída para o caso que se apresenta. Muitas vezes, um simples esclarecimento jurídico é o que o assistido busca.

Numa segunda etapa, há necessidade de que seja oportunizada a vivência de uma sessão de conciliação ou mediação (onde contamos com a presença dos alunos e alunas estagiárias de Psicologia). Na primeira, interposto entre as partes, o conciliador busca promover a dialogicidade entre as partes, para tentar solução amigável do litígio. Quando ocorre a mediação, com a atuação bidisciplinar do direito com a psicologia, é oportunizada a potencialização dos sujeitos envolvidos, para que, dialogando, encontrem com maior autonomia a solução do problema que se apresenta. Se necessário, dependendo do número de pessoas envolvidas e do contexto do

problema que se apresenta, faz-se necessária uma assessoria diretamente na comunidade local do conflito.

Se até estas etapas vivenciadas ocorrer uma solução, será escrito o pacto entre as partes num Termo de Acordo, que receberá o Parecer do Ministério Público e de um(a) Magistrado(a), designado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Caso não se encontre uma solução, o próximo passo será a vivência do Escritório Modelo, com o necessário trâmite de uma ação judicial.

O acompanhamento processual de cada caso administrativo ou processual, pelos(as) alunos e professores(as), é a estrutura sólida de cada página historicamente construída.

Os mais diversos casos são atendidos, envolvendo: guarda de filhos e netos; separação de casais, pensão alimentícia, reconhecimento de paternidade, posse de terras, processo administrativo previdenciário, remédios, proteção aos idosos nas famílias, entre outros.

É neste espaço institucional e educacional que também é vivenciada a avaliação diagnóstica, processual, centrada na “zona proximal da aprendizagem” (VYGOTSKY, 1988, p. 25), refletindo acerca da aprendizagem do(a) aluno(a) e de todo o trabalho desenvolvido. Caminhar, em termos intelectuais, dos nexos vagos aos complexos e, posteriormente, ao conceito, exige um ensino e aprendizagem consciente, pois: “[...] um conceito não é uma formação isolada, fossilizada e imutável, mas sim uma parte ativa do processo intelectual, constantemente a serviço da comunicação, do entendimento e da solução de problemas” (VYGOTSKY, 1998, p. 66-67), situada na cultura local, percebendo os reflexos e inferências do contexto internacional.

O que se busca são os “novos sujeitos sociais”, com uma “práxis” em “valores éticos da alteridade”, “ética da solidariedade”, (WOLKMER, 1997, p. 200), envolvidos com a transformação histórica da sociedade no cotidiano, plenamente.

Quando para além da existência da Casa da Cidadania do Rio Maina, em 2000, e da Casa da Cidadania da Próspera, em 2002, sonhamos, planejamos e efetivamos, também, a implantação do Centro de Cidadania³ (2002), no antigo Palácio do Estado, antigo Fórum Estadual, atual Fórum da Justiça do Trabalho (desde 2008), era porque a comunidade desejava um lugar onde o povo fosse bem recebido e encontrasse pessoas das mais diversas instituições comunitárias, que, em parceria, oportunizassem a vivência da “con-cidadania”.

O Fórum Permanente para o Resgate das Dívidas Sociais foi um espaço que pertencia ao conjunto das entidades organizadas e atuantes da cidade de Criciúma.

Sua composição é heterogênea e pluralista, integrada por entidades diversas da sociedade civil e órgãos do Estado, constituindo uma esfera pública de discussão e proposição de soluções concretas para os problemas sociais da nossa região.

³ Importante registrar que o Projeto original, entregue ao Presidente do Tribunal de Justiça, acompanhado dos requerimentos elaborados e escritos por 32 instituições de Criciúma, foi elaborado no contexto do Fórum de Resgate das Dívidas Sociais, com a participação das Paróquias de Criciúma, Sindicatos Trabalhadores em Educação, Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc); Escolas da Rede Municipal de Ensino; Grupo de Reflexão Independente dos Trabalhadores na Experimentação da Educação (GRITEE); Cecrisa Revestimentos Cerâmicos S.A; Associação dos Aposentados e Pensionistas da Região Sul Carbonífera do Estado de Santa Catarina; Serviço Pastoral Carcerária (SEPASC); Conselho da Comunidade Carcerária da Comarca de Criciúma; Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente; Conselho Municipal da Mulher; Conselho Municipal do Trabalho e Emprego; Conselho Municipal dos Direitos do Idoso; Conselho Municipal de Entorpecentes; Conselho Municipal de Saúde; Conselho Municipal de Saúde; Conselho Municipal de Assistência Social; Associação Beneficente Abadeus; Lions Clube Criciúma Sul; Pastoral da Saúde; Sociedade Civil Santa Gemma e Associação dos Jovens Unidos Deficientes de Criciúma, entre outros. Inúmeras reuniões foram realizadas. A redação final do Projeto foi elaborada por Carlos Magno Spricigo Venerio e Clélia Mara Fontanella Silveira, enquanto representantes designados por Daniel Cerqueira, Coordenador do Curso de Direito da Unesc, no Fórum de Resgate das Dívidas Sociais.

O Fórum foi criado em 1998, como deliberação da plenária final da 3ª Semana Social Brasileira, dela se desprendendo e se projetando para toda a sociedade cricumense, sem vinculação com religiões ou partidos políticos determinados.

Na sua criação, sua metodologia constituiu-se na organização de grupos de trabalho para discutir temas específicos ligados à cidadania, tais como: cidadania e justiça social, meio ambiente e saúde, moradia e lazer, educação, emprego e renda, e “terceirização” dos cemitérios municipais.

No ano de 2000, as entidades integrantes do Fórum das Dívidas Sociais trabalharam em duas frentes: apoio ao movimento do Plebiscito da Dívida Externa e luta pela constituição de um Centro da Cidadania em Criciúma.

Com a iminência da mudança do aparato judiciário para as novas instalações, localizadas no terreno do paço municipal e inauguradas em janeiro de 2000, colocou-se para todos os cidadãos cricumenses a questão da destinação do prédio, que abrigava o Poder Judiciário Estadual. O “Palácio do Estado”, sede da comarca, por suas dimensões, estado de conservação, localização e, fundamentalmente, relevância histórica, não pode ter traçado o seu futuro sem uma discussão que envolva e respeite os anseios da população local.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em outras cidades catarinenses, acertadamente, tinha apoiado a ideia de destinação das edificações onde estavam instaladas as comarcas para a constituição do que, até o momento, vinha se intitulando “Casa da Cidadania”. Presentes a necessidade e relevância social, a vontade política das autoridades e legalidade do procedimento, não tinham se furtado nosso Poder Judiciário Estadual em apoiar decisivamente iniciativas desta ordem.

Com a justificativa acerca das dificuldades encontradas na busca do fortalecimento da prática de uma cidadania emancipatória, múltiplas instituições da nossa cidade buscaram se esclarecer, com o curso de direito da Unesc, ao apontar a necessidade de ações ou atendimento de instituições e órgãos – governamentais e não

governamentais – voltados à cidadania. Os conselhos municipais, órgãos diversos, sociedades civis que prestam serviços ao cidadão encontravam-se espalhados pelos bairros da cidade, o que prejudicava todo o trabalho comunitário desenvolvido. A desconcentração das diversas entidades que prestavam serviços ao cidadão trazia a necessidade da aglutinação destes órgãos num único local, o Centro da Cidadania.

Com a construção de um novo edifício para o Fórum da Comarca de Criciúma, a constituição deste Centro tornou-se possível, com a destinação das instalações (Palácio do Estado) para este fim. Trata-se de um alentado sonho da comunidade criciumense, expresso na manifestação das diversas entidades que apoiam esta iniciativa.

Neste sentido, o Fórum das Dívidas Sociais nada mais fez do que canalizar este desejo materializado pela primeira vez, através da solicitação da Unesc, ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, onde aquela instituição aspirava à criação, nas atuais instalações do Fórum da Comarca, de uma Casa da Cidadania.

A intenção foi corroborada, através de compromisso verbal entre os últimos três presidentes do TJ/SC e o Chefe do Poder Executivo Municipal, quando do fechamento de acordo que resultou na construção das novas instalações do Fórum, no Paço Municipal.

O Centro da Cidadania teve como finalidade primordial reunir instituições governamentais e não governamentais criciumenses, cuja atuação esteja voltada para o fortalecimento do exercício da cidadania, favorecendo uma ação conjunta e integrada.

Mas, lamentavelmente, em 2008, as diversas instituições e o Centro de Cidadania, foram retirados do espaço do Palácio do Estado, para que fosse ali colocada a Justiça do Trabalho e suas Varas.

O Centro da Cidadania foi desfeito e a Casa da Cidadania do Centro passou para o prédio da antiga Prefeitura Municipal.

Neste período, a proximidade manteve-se com os Sindicatos e UABC (União das Associações dos Bairros de Criciúma).

O resgate da proximidade com as mais diversas instituições e organizações populares torna-se necessário.

4 PROJETO DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA NA COMUNIDADE: ESPAÇO DE DIALOGICIDADE ACERCA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS

Com a “[...] vontade de Constituição [...], a força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 11) e a necessária materialização do “[...] princípio da máxima efetividade das normas constitucionais”, dos direitos humanos (PIOVESAN, 2009, p. 59). “Desse modo, não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados.” (PIOVESAN, 2009, p. 34).

Os direitos conquistados do século XVIII até nossos dias, nas mais diversas gerações, mantêm-se, concomitantemente, nos dias atuais, a busca pela máxima efetividade, na materialidade do cotidiano histórico, dos direitos fundamentais (SARLET, 2001).

Torna-se indispensável a real efetivação dos direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal de 1988, por intermédio de projetos, planos e ações que, junto com a comunidade, implementem os direitos humanos, a cidadania, a justiça social, e que o cidadão e a cidadã sejam respeitados em sua dignidade, no espaço privado e público.

A implementação de uma ação cooperativa e participativa entre as instituições cricumenses e a universidade para a resolução dos problemas e atendimento dos direitos difusos e coletivos representa a eterna busca e a luta pela melhoria da vida em comunidade, percebendo a longa trajetória da conquista dos direitos humanos.

Entre os objetivos específicos, neste projeto estão previstos: facilitar a articulação dos diversos “atores sociais” com atividades vinculadas à prática da “cidadania emancipatória”; possibilitar às associações de bairro um aperfeiçoamento na sua atuação através do intercâmbio de relações numa prática mais cooperativa; prover

um espaço e estrutura física para as organizações não governamentais com atuação já consolidada junto à comunidade; promover proximidade institucional junto à população, na real solução de seus problemas; oferecer às comunidades populares de Criciúma um processo de educação jurídica, orientando os movimentos acerca das suas necessidades; na busca efetiva do acesso à justiça enfim, criar um espaço popular de discussão conjunta sobre os rumos da educação jurídica, crítica, cidadã, implementando os direitos humanos e cidadania, para a práxis cotidiana efetiva de respeito a tais temáticas; aos direitos individuais, transindividuais, difusos e coletivos; diretamente nas comunidades e nos bairros, nos mais diversos grupos e instituições.

O Projeto também visa, usando de uma linguagem artística, cultural contextualizada, vivenciar, nas mais diversas instituições e grupos populares, nas comunidades, um planejamento cooperativo, de valorização da cultura popular e da compreensão do bidialatismo jurídico; prestar consultoria, assessoria, conciliação, mediação; reuniões, debates, teatro, poesia, painel ilustrado, varal jurídico, diagnóstico sobre a necessidade das instituições; seminário de extensão e cursos (SILVEIRA, 2007).

Não há como construir o conhecimento histórico, crítico, social do direito e manter a luta pela implementação real dos direitos humanos, dignidade humana, cidadania e justiça social, sem uma profunda e eterna reflexão comunitária.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao direito*. Curitiba: JM, 2001.
- _____. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- _____. *O que é direito alternativo*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

- COVRE, Maria de Lourdes Manzini. *O que é a cidadania*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- DEMO, Pedro. *Política social, educação e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Papyrus, 1996.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.
- _____. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1987.
- FERREIRA, Nilda Teves. *Cidadania: uma questão para a educação*. Rio de Janeiro: Fronteira, 1993.
- MORE, Thomas. *A utopia*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- SILVEIRA, Clélia Mara Fontanella. Refletindo a cerca da aprendizagem no curso de Direito. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). *Aprendendo a ensinar direito o direito*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 118-144.
- TOURAINÉ, Alain. *O que é democracia*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- VYGOTSKY, Lev Semenovich e outros. *Linguagem, desenvolvimento e aprendizagem*. São Paulo: Icone, 1988.
- _____. *A formação social da mente*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- _____. *Pensamento e linguagem*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.
- _____. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

EMANCIPAÇÃO, PLURALISMO E RESSIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA

Ivone Fernandes Morcilo Lixa

Doutora em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide – Sevilla – Espanha. Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau (Furb). E-mail: iflixa@furb.br.

1 EMANCIPAÇÃO E REINVENÇÃO JURÍDICA

A entrada no século XXI, embora não triunfal, em terras brasileiras foi feita sob a égide da democracia aliada à esperança – nunca perdida – de reafirmação de cidadania. É neste contexto que o sistema judiciário assumiu internamente o papel inédito de assegurar não apenas o conjunto de direitos fundamentais duramente conquistados e reafirmados pela ordem constitucional, mas também o de manter a estabilidade política em uma ordem democrática historicamente frágil. Revisando a história do direito brasileiro, não é difícil perceber que este protagonismo é muito diferente do tradicionalmente assumido pelo judiciário, como o de conferir eficácia a um sistema normativo estabelecido por um poder político distante dos interesses populares e fortemente marcado pela herança colonialista autoritária, centralizadora e servil. Na trajetória de construção do Estado brasileiro, o judiciário esteve mais ocupado em cumprir seu papel controlador e reproduzidor dos interesses das elites e organizar-se institucionalmente como aparato burocrático

do poder. Ao bem da verdade, ao longo do recente processo de democratização do país, o judiciário não foi alvo de atenção nem das elites, nem das forças progressistas, talvez porque nunca representou obstáculo para aquelas, tampouco fonte de justiça social para estas, mas, seja como for, acabou em finais do século XX assumindo um papel político, ao qual não pode mais renunciar.

O novo sistema mundial neoliberal, adotado pelos países europeus nos últimos trinta anos, encontrou o absoluto desmantelamento do Estado intervencionista – ou seja, o modelo desenvolvimentista das periferias e semiperiferias mundiais como Estado Providência – e o fortalecimento do Estado de Bem-Estar Social relativamente avançado nos países da Europa, marcado por fortes políticas sociais que aliam altos níveis de competitividade com altos níveis de proteção social (SANTOS, 2007). A mudança política em tempos de neoliberalismo global, na leitura de Boaventura de Sousa Santos, exige um judiciário eficiente, rápido e independente para assegurar o novo modelo de desenvolvimento que se assenta nas regras de mercado e nos contratos privados, mas também, que responda às demandas sociais causadas pela precarização dos direitos sociais e econômicos (SANTOS, 2007).

Particularmente no Brasil, sem que tenha um modelo de Estado forte em políticas sociais, a redemocratização constitucional ampliou consideravelmente o leque de direitos, não apenas em relação aos chamados direitos fundamentais, mas também aos novos direitos cujos titulares são sujeitos coletivamente identificados: consumidores, negros, homossexuais, crianças e adolescentes, mulheres, indígenas, e tantas outras possibilidades de articulação social e política. Este fato aumenta a expectativa social de serem garantidos direitos anunciados constitucionalmente, mesmo com débeis mecanismos de implementação, já que a nova ordem constitucional também prevê também a ampliação de estratégias e de instituições, que no entender de Boaventura de Sousa Santos

[...] se pode lançar mão para invocar os tribunais, como por exemplo, a ampliação da legitimidade para propositura de acções directas de inconstitucionalidade, possibilidade de as as-

sociações interpirem acções em nome de seus associados e a consagração da autonomia do Ministério Público. (2007, p. 17)

O novo constitucionalismo e a redemocratização brasileira conferiram ao judiciário um papel relevante: ele não apenas é visto como um instrumento de viabilização de direitos e garantias, funciona também como objeto de reconstrução e manutenção da ordem democrática.

Entretanto, a redemocratização aliada ao neoconstitucionalismo construído nas matrizes europeias que consagram direitos fundamentais, conquistados ao longo de um processo histórico específico em terras brasileiras. Tem sido uma proposta desacompanhada de políticas públicas e sociais capazes de conferir, de maneira eficiente, a nova ordem, ainda com o agravante de existirem fortes resistências entre juristas herdeiros de uma lógica cartesiana, ainda reféns do ultrapassado paradigma formal legalista de direito. Sem medo de errar, pode-se afirmar que aí está uma das razões centrais para compreender o porquê de passados quase vinte anos de Constituição Democrática e o Brasil ainda ser um país em que os princípios democráticos fazem parte de uma mera intencionalidade nem sempre ou raramente contemplada.

Para se ter uma idéia, o princípio constitucional da ampla defesa ficou quase quinze anos sem ser aplicado nos interrogatórios judiciais, sem que a doutrina e a jurisprudência – com raríssimas exceções – tivesse reivindicado a aplicação direta da Constituição. (STRECK, 2006, p. 155)

Evidentemente, sem esquecer que o “peso da balança” ainda pende para um “lado”, pois, diariamente, são encarcerados sujeitos por furtos insignificantes aos olhos do conservadorismo legalista míope. Eles ignoram o princípio da insignificância penal, para não dizer do garantismo, sendo assim, é justificável o sacrifício da liberdade em nome da propriedade independente de qualquer referência valorativa, entendimento que afronta o mínimo necessário para um sistema jurídico anunciar-se como democrático.

2 FASCISMO SOCIAL E RESISTÊNCIA

Para além do sério obstáculo de resistência intelectual e prática que vem sendo duramente enfrentado também através de uma hermenêutica crítica, definida por Streck como Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito (2006, p. 157), há um campo jurídico que emerge de forma contra-hegemônica e não pode ser negligenciada.

É o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos – direitos sociais e econômicos – e que, vêm no direito e nos tribunais um instrumento importante par fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social. (SANTOS, 2007, p. 29)

São as permanentes “vítimas da história”. Se no passado colonial a face visível da exploração era a do escravo, em tempos de globalização o resultado da perversidade sistêmica, como nos lembra Milton Santos, são as vítimas do fascismo social. O fascismo social não é (como lembra Boaventura de Sousa Santos) aquele criado diretamente pelo Estado, mas o produto de um sistema em que o nível de competitividade – aquela que tem “a guerra como norma” (SANTOS, 2000, p. 46) – acaba num individualismo arrebatador e possessivo que tudo coisifica, inclusive seres humanos. “Um sistema que comanda outros subsistemas da vida social, formando uma constelação que tanto orienta e dirige a produção da economia, como também a produção da vida” (SANTOS, 2000, p. 48). As fragmentações resultantes da lei de mercado rompem a solidariedade social, fazendo com que novas formas de perversidades sociais sejam criadas.

O fascismo social, antes de um regime político, é, além de regime social, também civilizacional (SANTOS, 2006). Como resultado da nova ordem mundial neoliberal, não é mais necessário o sacrifício da democracia para a manutenção do capitalismo, e, por esta razão, é uma nova forma de fascismo. Na leitura de Boaventura de

Sousa Santos, é um fascismo pluralista que se apresenta sob múltiplas formas. A primeira delas, é o que se chama de “fascismo do *apartheid* social”, visibilizado na forma de organização do espaço urbano. Há uma zona selvagem – hobbesiana – na qual não prevalece o contrato social; e a zona civilizada na qual vale o contrato social em sua forma mais avançada: o Estado Democrático de Direito. Não é apenas uma ingênua organização urbana, é um critério também de relação social e de judicialidade. Nas zonas selvagens, a presença do Estado é truculenta, é um Estado predador e não confiável, enquanto que nas zonas civilizadas, o Estado é democrático e eficaz (SANTOS, 2006).

Outra forma considerada por Boaventura é a do fascismo paraestatal que se caracteriza pela usurpação das prerrogativas estatais por parte do poder local, não raras vezes ocorrendo com a conivência do Estado. É uma expressão do novo fascismo, que tem em sua vertente o fascismo contratual, o produto da fragilização produzida pelas condições de exclusão que acaba por provocar o desamparo e vulnerabilidade dos menos fortes – os vitimizados – obrigando-os a aceitar incondicionalmente as condições impostas pelos poderosos. No Brasil, um exemplo vergonhoso do fascismo contratual é a existência de milhares de trabalhadores escravizados. A variação do número de trabalhadores escravizados é entre 25 (segundo a Comissão Pastoral da Terra – CPT) a 40 mil (segundo a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag). Embora no ano de 2003 o governo do presidente Luis Ignácio Lula da Silva tenha lançado o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo com duras medidas de combate (confisco das terras em que for encontrado o trabalho escravo, suspensão de créditos a fazendeiros escravocratas e a transferência para competência da esfera federal os crimes contra direitos humanos), os dados ainda são alarmantes. Entre 1995 e 2003, foram fiscalizadas 1.011 fazendas e libertados 10.726 trabalhadores, sendo que apenas no primeiro semestre de 2004 foram libertados 16 mil¹. A escravização não é apenas no campo. No Brasil, a Pastoral dos Imigrantes, ligada

¹ Dados publicados na *Revista do Instituto Observatório Social*, n. 6, de junho de 2004.

à Igreja Católica, calcula que só na cidade de São Paulo existam 120 mil trabalhadores escravos que trabalham em torno de 18 horas por dia em condições insalubres, sem direitos garantidos e salário irrisório, e em sua maioria são imigrantes bolivianos e paraguaios que chegam em busca de melhores condições de sobrevivência².

O fascismo da insegurança, para Boaventura de Sousa Santos, é a produção de permanente nível de ansiedade e insegurança quanto ao presente e futuro, reduzindo as perspectivas positivas, a fim de suportar o pesado fardo da ausência de um mínimo necessário para a sobrevivência. Acentua-se no indivíduo a lembrança de ausência passada e presente de políticas públicas eficientes, e, para o futuro, vislumbra-se um horizonte de colapso do sistema de proteção pública, sobretudo na saúde e fundos de previdência. E talvez a mais terrível de todas as faces do fascismo social é o fascismo financeiro que, com múltiplas formas, é exercido pelas empresas privadas cuja ação, aliada ao capital internacional, possui a capacidade de “lançar no estado de natureza da exclusão países pobres inteiros” (SANTOS, 2006).

Este estado de natureza hobbesiano nas sociedades periféricas neste início de século XXI destrói os tradicionais laços de convivência e/ou sobrevivência. Nesta nova fase do capitalismo, agora mundializado, diferente do que ocorreu na Revolução Industrial do século XVIII, e que trazia consigo modernização e novos postos de trabalho, o que vem ocorrendo, para lembrar o pensamento marxista, é a substituição do trabalho vivo pelo trabalho morto que vai colocando à deriva da sociedade uma enorme massa de seres humanos. Na leitura de Giorgio Agamben (2002), a relação entre o poder soberano e a vida dos indivíduos cria um pertencimento político que abrange todos os sentidos da vida social. E, não apenas quanto à noção de direitos e deveres, mas, sobretudo, em relação à prática do reconhecimento do outro como um cidadão igual. É a existência política, cuja negação encerra o indivíduo numa existência biológica e distinta dos demais. Retomando a discussão de autores como Hannah Arendt e Michel Foucault, Agamben pensa a relação entre a política e a vida pelo poder de decisão do soberano que produz a

² *Idem.*

vida nua, definida não apenas em sua dimensão biológica, mas apolítica, com a negação de direitos. Quando isto acontece, a vida perde a significância para os demais e o sujeito torna-se um *homo sacer*.

No Brasil, a desigualdade e seletividade, sobretudo no circuito da violência penal, reproduzem sistematicamente processos de exclusão e vitimização nos setores populares, desonrando e desrespeitando grupos sociais que compõem as zonas de selvageria, expondo o sofrimento e a intimidade de seres humanos que, perversamente, são transformados em “descartáveis” por “terem rompido o contrato social” e por isso, transformados em seres desprovidos de direitos, aos quais apenas resta a vida biológica, portanto, sujeitos ao “direito penal do inimigo”³. A exceção torna-se regra nas áreas de exclusão e justificável para a prática do extermínio do “perigoso”.

Estes são os sujeitos desprovidos de “linguagem”, invisibilizados, portanto, hermeneuticamente. Em que se pese o esforço constitucionalista crítico e sua incansável luta pela democratização, colocam em aberto um espaço jurídico que não pôde ser preenchido pelas práticas hermenêuticas críticas. Portanto, é possível pensar em uma alternativa para as práticas alternativas e reinventar a crítica, desde as experiências descolonizadoras brasileiras. Desde uma crítica, à razão proléptica hermenêutica do direito moderno, que, além de contrair o presente reconhecendo como única fonte compreensiva o direito estatal, reduz o espaço de mediação jurídica ao Estado, é possível ampliar espaços presentes emergentes.

Adotando a sugestão de Boaventura de Sousa Santos no que diz respeito à sociologia das emergências, que é a prática de ampliar o presente, reconhecendo o que foi subtraído pela sociologia das ausências e ampliando hermeneuticamente os espaços de possibilidades de compreensão do direito para além do Estado, é possível identificar agentes, práticas e saberes com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança. Trata-se de uma ampliação sobre as potencialidades e capacidades ainda não reconhecidas e necessariamente movendo-se no campo

³ Aqui me refiro especificamente ao conceito defendido por Jakobs Günter e Manuel Meliá Cancio na obra *Derecho Penal del Enemigo*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

das experiências sociais que, desde as práticas do “reconhecimento”, “transferência de poder” e “mediação jurídica”, são legítimos espaços de luta pela dignidade humana⁴.

3 PLURALISMO E RESSIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA

Indo numa direção jurídica pluralista e emancipadora, é possível falar-se em reconhecer o mundo social como um mundo de possibilidade compreensiva e, portanto, fonte de uma nova racionalidade hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva pluralista de direito que reconhece múltiplos espaços de fontes normativas, apesar de, na maioria das vezes, como lembra Antonio Carlos Wolkmer, é informal e difusa. O pluralismo é uma fonte de inúmeras possibilidades de regulação. Para Antonio Carlos Wolkmer,

O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.

[...]

O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade das culturas. (WOLKMER, 1994, p. 155)

⁴ Esta é a proposta defendida, entre outras, por Helio Gallardo em *Derechos Humanos como Movimiento Social*. Ediciones desde abajo, Bogotá e explorada por Norman J. Solórzano Alfaro em *Fragmentos de una Reflexión Compleja sobre una Fundamentación del Derecho y la Apertura a una Sensibilidad de Derecho Humano Alternativa*, a ser publicada na *Revista Jurídica Eletrônica*, n. 2, do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau.

Numa perspectiva pluralista de direito, é possível ampliar o espaço jurídico para além do estatal, articulando saberes, práticas e ações coletivas inovadoras até então pouco reconhecidas. São múltiplas as experiências e práticas pluralistas que buscam capacitar operadores do direito e refletir acerca da atuação jurídica dos sujeitos coletivos, enquanto expressão dos movimentos sociais. Para tanto, identificam-se espaços políticos nos quais se desenvolvem novas práticas sociais que anunciam direitos, mesmo os que estão além do formal legal, além de buscar sistematizar informações obtidas das práticas sociais com vistas a criar novas categorias jurídicas. Trata-se de uma prática pluralista, cujo espaço de investigação é inesgotável para a hermenêutica. Identificar os elementos comuns nas traduções das múltiplas realidades – a jurídica e a coletivamente criada – para encontrar o comum, o ponto inicial para a tradução é uma tarefa que não cabe numa teoria hermenêutica que, por sua natureza, é universal.

O processo hermenêutico jurídico que inclui o espaço social não pode ser uma “canibalização”, para usar a expressão de Boaventura de Sousa Santos, dos demais. É necessária uma tradução das múltiplas hermenêuticas, dentre as quais, a jurídica. E, é justamente neste sentido que não cabe uma hermenêutica jurídica nos moldes tradicionais. São campos distintos que se tocam – o estatal e o social – em que mundos normativos, práticas e saberes dialogam, se desentendem e interagem, tornando possível reconhecer os pontos de contato entre a tradição moderna ocidental e os saberes leigos.

As duas zonas de contacto constitutivas da modernidade ocidental são a zona epistemológica, onde se confrontam a ciência moderna e os saberes leigos, tradicionais, dos camponeses, e a zona colonial, onde se defrontam o colonizador e o colonizado. São duas zonas caracterizadas pela extrema disparidade entre as realidades em contacto e pela extrema desigualdade das relações de poder entre elas. (SANTOS, 2006, p. 130)

A tarefa hermenêutica como tradução retoma o sentido mais original do termo, porém, a partir de uma perspectiva inovadora, traduz saberes nem sempre convergentes.

Como as práticas sociais de compreensão e solução de conflitos, mais retóricas, argumentativas e grandes são os desafios a serem enfrentados pelos juristas de profissão. Boaventura de Sousa Santos sugere uma hermenêutica diatópica que, em síntese, consiste em buscar os *topois* – lugares comuns que constituem o consenso básico e torna possível o dissenso argumentativo – presentes na argumentação, que é normalmente assentada em postulados, axiomas, regras e concepções aceitas por todos. “O trabalho de tradução não dispõe à partida de *topoi*, porque os *topois* que estão disponíveis são os que são próprios de um dado saber ou de uma dada cultura” (SANTOS, 2006, p. 133). O trabalho consiste em, sem que se tenha um ponto de partida, reconhecer os *topois* que cada prática expressa como forma argumentativa. “É um trabalho exigente, sem seguros contra riscos e sempre à beira de colapsar. A capacidade de construir *topoi* é uma das marcas mais distintas da qualidade do intelectual ou sage cosmopolita” (SANTOS, 2006, p. 133). São dificuldades que se impõem e devem ser superadas pela prática do reconhecimento e da oportunidade de dar voz ao outro, mesmo que não queira fazer uso dela, é melhor do que permanecer em silêncio.

Já Walter Mignolo fala de uma hermenêutica pluritópica como parte da resistência à semiose colonial, porque a “colonialidade do poder pressupõe a diferença colonial como sua condição de possibilidade e como aquilo que legitima o subalterno do conhecimento e a subjugação dos povos” (2003, p. 40). Considerando a construção do pensamento hermenêutico jurídico brasileiro, na linha de pensamento da descolonização e na inclusão dos múltiplos atores sociais no processo de construção do saber jurídico, sua perspectiva é monotópica, ou seja, é edificada sob a perspectiva de um único sujeito cognoscente – o jurista de profissão – e com uma posição de quem fala de um lugar virtual uma terra de ninguém universal, como chama Mignolo. A intenção de sua hermenêutica é apagar a concepção de que interpretar é descrever a realidade a partir de seu horizonte compreensivo.

O objetivo é apagar a distinção entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre o sujeito que conhece e o

objeto que é conhecido, entre um objeto “híbrido” (o limite como aquilo que é conhecido) e um “puro” sujeito disciplinar ou interdisciplinar (o conhecedor) não contaminado pelas questões limiares que descreve. (MIGNOLO, 2003, p. 42)

Uma hermenêutica que se assume como dialógica numa perspectiva pedagógica emancipatória, caminha para a conscientização e libertação.

Com estas concepções, o espaço hermenêutico no direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservada, e vai um pouco mais além do que até então foi edificado pela hermenêutica jurídica crítica. É um espaço de aproximação e de assumir responsabilidades mútuas que rompem com a lógica construída pelo saber colonizador e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão são elaboradas com o outro e, a partir deste, outro historicamente negado e silenciado.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O Soberano e a Vida Nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

MIGNOLO, Walter. *Histórias locais/projetos globais – colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamento de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Cristian Ricardo Wittmann

Mestre em Direito pela Unisc. Participante dos grupos de pesquisa “Parcerias Público-Privadas” e “Meio Ambiente e Constituição” na mesma Instituição. Ativista internacional de Direitos Humanos pelas ONGs *Internacional Campaign to Ban Landmines* e *Cluster Munition Coalition*. Advogado habilitado.

E-mail: cristianwittmann@gmail.com.

Jorge Renato dos Reis

Pós-Doutor pela Universidade de Salerno/Itália. Doutor em Direito pela Unisinos. Coordenador, Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação/Mestrado em Direito pela Unisc. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Parcerias Público-Privadas”, da mesma instituição.

E-mail: jreis@viavale.com.br.

INTRODUÇÃO

A importância que tem hoje o tema da degradação ambiental, e que ocupa os noticiários locais, está inevitavelmente relacionada ao histórico de movimento global pela sensibilização por uma proteção/preservação do ambiente humano. Catástrofes ambientais seguidamente noticiadas pelos meios de comunicação alertam relacionando a existência da natureza e do ser humano com a proteção ao meio ambiente.

O presente ensaio tem como objetivo central apresentar o Direito a um ambiente de qualidade como um Direito Fundamental, tendo em vista a categoria apresentada na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, pretende-se abordar primeiramente as ideias e movimentos sociais que nortearam a implementação de políticas públicas de proteção e preservação ambiental.

Desse modo, aborda-se objetivamente os primeiros passos internacionais e a incorporação jurídica brasileira, especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1998, que acaba dando um sentido diferenciado à proteção ambiental, direito esse entendido como Direito Fundamental.

1 O VERDEJAR DA SOCIEDADE E DO DIREITO

Fica claro que, para um aprimorado estudo sobre qualquer instituto jurídico, faz-se necessária a sua contextualização histórica, de forma a contribuir para uma melhor compreensão dele e do entorno circundante. É inevitável, nesse contexto, a necessidade da contextualização histórica dos anseios que hoje são refletidos na forma como o Direito incorporou tais demandas ao seu ordenamento.

1.1 O AMBIENTALISMO

Analisando historicamente, fica clara a dificuldade de estabelecer um ponto de partida delimitado na cronologicidade do movimento ambientalista, tendo em vista que o mesmo não começou em um lugar para depois se espalhar, mas uma análise profunda mostra que o movimento surgiu em diferentes lugares, em momentos diferentes e por pressupostos diferentes, por vezes envolvendo temáticas de lazer na busca do espaço bucólico, a pesquisa científica e, até mesmo, como forma de buscar a preservação/conservação⁵

⁵ Essas duas matrizes foram identificadas como sinônimas nesse contexto histórico, porém adianta-se que as devidas diferenciações entre essas duas categorias marcantes do movimento ambientalista serão delimitadas posteriormente no decorrer do texto.

do meio ambiente através de movimento organizado para potencializar práticas econômicas e comerciais (McCORMICK, 1992, p. 21-30).

Sérgio Tavolaro traz a ideia que temas como “insegurança, ameaça, medo, perigo, risco são, todos, continuamente apontados como sendo alguns dos principais motivos pelos quais o movimento ambientalista emerge” (2001, p. 95), fazendo um contraponto com as origens do movimento em 1800 e os pressupostos do movimento atual, que, por mais que tenham aparentemente razões parecidas, hoje assumem posições bastante diferentes na sociedade, como será demonstrado no decorrer do texto.

De forma a avançar na cronologicidade, analisa-se o denominado *novo ambientalismo*, emergido a partir da segunda metade do século passado. Para essa nova caracterização do movimento ambientalista, a década de 1960 teve inúmeros fatores que impulsionaram tal mudança, sejam eles sociais, culturais, políticos e, lógico, ambientais. Esse novo *paradigma* vivenciado pelo movimento está intimamente relacionado com a sociedade reflexiva, com bases na racionalização que não se apoia na concepção de mundo tradicionalmente solidificado, na expectativa de comportamentos recíprocos e estáveis em determinadas situações.

Com essa (re)evolução no movimento, ganhou-se novas características, como o aspecto de ser dinâmico, mais sensível aos acontecimentos, passando a ser um movimento mais ativista e político, não sendo um movimento apenas organizado e homogêneo, mas sim caracterizado pelo acúmulo de organizações e indivíduos com motivações e tendências variadas, ganhando muito mais apoio público em suas questões (MCCORMICK, 1992, p. 63-65).

Tavolaro, ao trabalhar a sociabilidade do movimento, propõe um corte analítico entre dois principais polos, de um lado o antropocentrismo e de outro o ecocentrismo, que fazem parte de um traço histórico e até filosófico da forma de observar/decidir em prol das questões ambientais. Dessa forma encontra-se “[...] o *antropocentrismo* em um de seus pólos e o *ecocentrismo* em seu outro pólo, quais seja, o *conservacionismo*, a *ecologia profunda do bem-estar*

humano, o preservacionismo, o movimento de liberação animal e o ecocentrismo” (2001, p. 114).

Importa aqui analisar que o ambientalismo, no decorrer da história, acaba tendo uma capacidade política bastante acentuada e, dessa forma, começa a assumir poder no momento em que possui a capacidade de influenciar cada vez mais os atores a agirem conforme seus anseios, o que refletiu posteriormente nas mudanças conceituais e nas novas categorias que permitem adequar o direito a um ambiente como sendo um direito fundamental humano.

1.2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Faz-se necessária a abordagem do conceito de desenvolvimento e seu viés sustentável, já que o mesmo permite, quando da incorporação do seu conceito ao sistema jurídico brasileiro, a tutela do direito ao ambiente como direito fundamental, no que tange a uma necessária associação entre desenvolvimento e um mínimo ambiental, tendo em vista as atuais e futuras gerações.

No decorrer da história, percebe-se que o embate ambiental sempre ocorreu de forma mais enfática com o sistema econômico, o qual, baseado em uma racionalidade da escassez através do binômio “ter/não ter”, acabava por não levar em conta as externalidades decorrentes de suas decisões, o que foi altamente danoso ao meio ambiente.

Primeiramente, salienta-se que o conceito de “*desarrollo (económico) fue asociado al crecimiento*” (BOISIER, 2000, p. 152). Por tempos houve o entendimento que desenvolvimento era sinônimo de crescimento do Produto Interno Bruto agregado e, sobretudo, de forma que a medida adotada para desenvolvimento era a relação do PIB *per capita*. Para que ocorresse uma mudança nessa percepção de desenvolvimento como sinônimo de crescimento, houve a necessidade que o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) abordasse, a partir de uma nova concepção, medindo então o desenvolvimento a partir do Índice de Desenvolvimento Humano.

Com a pressão advinda com as questões ambientais, principalmente com a força política que o *novo ambientalista* possuía arraigado no seu discurso, começa a definir agendas mundiais que acabam por criar o contexto para tal mudança. Mudança essa que se encontra marcada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, mais conhecida como a Conferência de Estocolmo, tendo em vista a homenagem feita à cidade que sediou o evento no ano de 1972, em conjunto com a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no ano de 1983 também organizada pela ONU.

Interessa aqui salientar a principal consequência da instituição da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida por Gro Harlem Brundtland – primeira ministra da Noruega, que tinha por objetivos o reexame das questões relacionadas ao meio ambiente, propondo ideias realísticas para abordagem, meios de cooperação internacional para atingir os objetivos de mudança e convergindo ações para uma diminuição dos impactos negativos no meio ambiente.

Essa preocupação com as gerações futuras que já aparecia no cerne dos pensamentos conservacionistas e preservacionistas e, posteriormente, na Declaração de Estocolmo, vai se concretizar no Relatório Brundtland, fruto de um estudo elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente, na qual foi analisada a relação entre o desenvolvimento e o meio ambiente, institutos que historicamente sempre foram observados de forma estanque e separados. Os resultados desse estudo mostraram, na época, que o futuro para o qual todos estavam se dirigindo estava comprometido pela degradação cada vez mais exacerbada do meio ambiente. Porém, da mesma forma como o estudo trouxe preocupações, também representou um marco para se pensar a questão econômica com a ideia de sustentabilidade ambiental, ou seja, um desenvolvimento “que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras também atenderem as suas próprias necessidades” (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1994, p. 46).

É justamente esse conceito que acaba sendo incorporado no texto constitucional de 1988, onde, no artigo 225 é tratado sobre a temática ambiental, de forma a garantir que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

2 A INCORPORAÇÃO JURÍDICA DO AMBIENTE

Como demonstrado, a incorporação jurídica dos anseios referentes ao meio ambiente deu-se de forma mais clara, partindo da seara internacional para então, por intermédio de ressonâncias, serem incorporadas, de forma gradativa e não uniforme, nas legislações pátrias, em especial nas Constituições.

2.1 PRESSÕES INTERNACIONAIS

Tem-se a Conferência de Estocolmo como um grande marco divisor dos momentos em que se impulsionou o surgimento de normas que determinaram o desenvolvimento do Direito Ambiental no mundo inteiro, tendo em vista a característica disseminadora de ideias no âmbito internacional, associada à movimentação da sociedade civil em salientar tais avanços.

Percebe-se, nesse e em outros processos internacionais de tomada de consciência pelos Estados, o efeito multiplicador de ações na mesma direção, mesmo por aqueles Estados e indivíduos que acabam por não concordar com os termos de uma declaração, tratado, ou qualquer que seja o *resultado* de uma conferência ou processo de negociação. Um exemplo disso é o Protocolo de Kyoto onde, por mais que os Estados Unidos não se encontrem dentro dos Estados-Partes de tal instrumento jurídico, nem mesmo como signatários, acabaram por agir no sentido de atender os anseios do instrumento, impondo práticas de redução da emissão do consumo, mesmo sem a vinculação obrigacional jurídica.

Esse mesmo processo de *estigmatização* acontece em diferentes instrumentos. Por exemplo, os de desarmamento humanitário, como a Convenção de Ottawa, de erradicação de minas terrestres, que hoje conta com 157 Estados-membros. Esse movimento reduziu o uso de tal armamento somente a três países no ano de 2007 (VIEIRA, 2006). Até mesmo um processo de negociação internacional, sem qualquer instrumento vinculante, a exemplo do Processo de Oslo de banimento de bombas em cacho, gerou impactos em diferentes países que começaram a decretar moratórias unilaterais de repúdio a tal arma.

Com a vinculação política de tais negociações, percebe-se mais claramente o impacto disseminador, já que, tanto a Conferência de Estocolmo, como a Eco-92 geraram declarações, essas também entendidas como declarações de princípios, o que torna certamente mais flexível a ponderação em casos concretos de legislações à sua incorporação dos valores inscritos nos documentos.

Dessa forma, percebe-se que, por mais que a normatização ambiental no Brasil date de tempos anteriores, a incorporação do conceito de *desenvolvimento sustentável* dentro da Carta Constitucional de 1988, ocorreu por força dessa corrente disseminadora, de forma a incorporar esse *valor* ou *princípio internacional* dentro do ordenamento jurídico brasileiro de forma única e com força constitucional.

2.2 DIREITO AO AMBIENTE COMO GERAÇÃO DE DIREITOS

Tendo em vista o caráter histórico do presente ensaio, não se pode deixar de mencionar a ideia de Norberto Bobbio, no que tange ao surgimento de direitos. Dessa forma, torna-se único ao considerar a história do direito vinculada ao desenvolvimento da sociedade e por consequência da necessidade de tutelas específicas de necessidades que surgiram ao longo dos tempos.

Nesse sentido, percebe-se, como observa Norberto Bobbio, que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, ca-

racterizadas 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” (BOBBIO, 1992, p. 5).

O pensamento historicista de Bobbio coaduna-se com os aspectos históricos anteriormente demonstrados no ambientalismo e desenvolvimento sustentável, relações essas históricas que inevitavelmente contribuíram para a sensibilização do direito para a proteção e preservação do meio ambiente.

Dentro desse contexto, é justamente a ideia de desenvolvimento sustentável que acaba sendo incorporada como importância constitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Fruto do poder constituinte originário, o artigo 225 traz a fórmula abstrata para dirimir as questões de proteção e conservação do meio ambiente, esse entendido como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, aliado à ideia de um desenvolvimento sustentável.

Porém, a ideia de desenvolvimento sustentável, ou seja, o balanço entre o crescimento/desenvolvimento com os ideários de proteção/preservação ambiental, também não é um conceito estanque na história, já que “o problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios” (BOBBIO, 1992, p. 24).

Dessa forma, compreende-se um pouco da “demora” jurídica, ou seja, porque a temática de proteção/preservação do ambiente levou e leva longo tempo até hoje para a sua incorporação ou efetivação, seja no âmbito internacional como nacional, por mais que os acontecimentos alertem para a urgência com que se deve tratar o tema.

Nesse sentido, Norberto Bobbio menciona que os direitos “nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem [...] cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências [...]” (1992, p. 6).

É nesse sentido, também, que o mesmo autor italiano aborda a série história de gerações de direitos onde, primeiramente, surgiram aqueles relacionados com a ideia de liberdade do homem e garantias frente ao poder do Estado, surgindo num segundo momento, então, para os direitos coletivos e sociais com obrigações positivas para a proteção das classes específicas. Num terceiro momento, foco deste trabalho, enquadram-se os direitos relacionados ao ambiente, porém também em meio a diferentes outros, já que tratam de interesses não mais coletivos e identificáveis, mas sim transindividuais⁶, que, como o próprio nome já diz, transcendem um grupo determinado de indivíduos.

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo. (BOBBIO, 1992, p. 6)

Dessa forma, dentro da trajetória histórica do Direito, a reivindicação a um meio ambiente de qualidade vai estar inserida dentro da terceira geração pelo fato de que esse direito não se limita somente a um grupo definido de indivíduos e a um determinado local em específico, e sim afetando diferentes indivíduos em diferentes momentos, onde um dano ambiental (LEITE, 2003) afeta, atualmente a todos, mas, também, tendo em vista o *vínculo intergeracional* através do acesso a um meio ambiente pelas futuras gerações.

⁶ “[...] os interesses difusos significam uma indeterminação subjetiva de sua titularidade, embora pressuponham, da mesma forma que os interesses coletivos, um reforço da sociedade civil organizada, como único instrumento capaz de colocá-los em prática”. (MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 138)

Por isso, a necessidade de entendimento, da proteção ambiental no corpo do texto constitucional como Direito Fundamental. Nesse sentido, mister a análise do já referido artigo 225 que incorpora o conceito de *desenvolvimento sustentável* de forma pioneira no Brasil com os diferentes princípios e valores que pela sua inserção possuem força normativa como princípio constitucional.

3 DIREITO AO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Por mais que seja incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, anteriormente à própria Constituição, a proteção/preservação do meio ambiente acaba tendo uma repercussão diferenciada quando inserida no texto constitucional, até mesmo pelo crescente consenso de que o Direito Ambiental está equiparado ao Direito Fundamental, categoria essa incorporada como princípio constitucional dentro do constitucionalismo contemporâneo e na ideia de Estado Democrático de Direito.

Nota-se o caráter explícito da proteção no capítulo VI do Título VIII, onde versa sobre o meio ambiente e, em especial, no seu artigo 225⁷. O texto outorga a todos o direito “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, portanto, todos possuem o direito de defendê-lo, de protegê-lo contra agressões presentes e futuras.

Dentro do sistema jurídico brasileiro relativo à proteção ao meio ambiente, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, fica evidente a distinção entre normas e princípios, visto que no artigo 4º, da Lei 6.938/81, conhecida como Política Nacional do Meio Ambiente, já reconhecia o princípio da prevenção pela obrigatoriedade de estudo de impacto ambiental para a exploração industrial.

⁷ **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse contexto, o sistema jurídico brasileiro já possibilitava decisões não mais baseadas em um legalismo cego, reconhecendo, assim, valores que vão se atualizando com o decorrer da sua existência. Por isso, escreve Robert Alexy que “[...] hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por lãs reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello [...] de valores en el sistema jurídico” (1997, p. 174).

Entretanto, há a possibilidade de uma interpretação cartesiana da constituição, na qual se pode considerar que, somente pelo fato da proteção ao ambiente estar assegurada no Título VIII, Capítulo V (Do meio ambiente) e não juntamente com o rol de direitos elencados nos Títulos I (Dos Princípios Fundamentais) e II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) tal proteção não estaria equiparada aos direitos fundamentais.

Conforme Ingo Sarlet, há uma “heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado” (2007, p. 33), ao se referir aos termos de “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”.

Dessa forma, defende-se uma interpretação integrada do texto constitucional, justamente no reconhecimento da eficácia plena dos princípios frente aos legalistas que defendem somente regras enquanto regras. Isso corrobora a ideia de que “En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución” (ALEXY, 1997, p. 174).

Complementa o autor, expondo que “en la medida con estas posiciones se critique una reducción de la ciencia del derecho a la dimensión analítica, hay que estar de acuerdo con ellas. La ciencia del derecho puede cumplir su tarea práctica sólo en cuanto disciplina multidimensional” (2007, p. 27).

Somado tais ideais à eficácia da principiologia constitucional, percebe-se a obrigatoriedade de compreender os princípios consti-

tucionais como normas jurídicas de plena eficácia, motivo pelo qual o artigo 225 da Constituição Federal, hoje definitivamente pelos princípios nele assegurados, equipara o direito ambiental, enquanto terceira geração de direitos, a um direito fundamental.

Nesse contexto, vale ressaltar que os princípios constitucionais norteiam a base de aplicação e interpretação jurídica, tanto na seara ambiental, como nas diversas outras, vinculando, assim, todos à Constituição, submetendo, à magna carta, a administração pública e o povo em geral.

Especialmente tratando-se de meio ambiente, existem princípios que assumem importância diferenciada: princípio da participação e princípio democrático; o princípio da precaução; o princípio da prevenção; princípio do poluidor pagador; princípio da responsabilidade. Tais princípios, enquanto leitura integracionista, tendem a considerar o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado e de qualidade como um direito fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro das ideias expostas, fica clara a defesa de um direito histórico e determinado, conforme as condicionantes de cada época, na esteira do pensamento de Norberto Bobbio. Nesse sentido, fica clara a relação entre o verdejar da sociedade com o surgimento de regras de proteção/preservação do meio ambiente.

Nesse sentido, corroboram-se as tendências de seguir o internacionalmente constituído pelos diversos atores, especialmente pelos anseios dos movimentos ambientalistas, estes situados após a década de 1960, quando adquirem novas características que impulsionam de forma ímpar a sensibilização por um novo viés na relação homem/ambiente.

Com a gama de princípios constitucionais e infraconstitucionais elencados como de proteção/preservação ambiental, associados com a percepção multidimensional e integracionista das normas jurídicas, percebe-se claramente a identificação das normas e princípios constitucionais como direitos fundamentais frente à ne-

cessidade humana de ter um ambiente ecologicamente equilibrado que possibilite, então, uma qualidade de vida condizente com os anseios contemporâneos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOISIER, Sergio. Desarrollo (local): ¿de qué estamos hablando? In: BECKER, Dinizar F; BANDEIRA, Pedro S. *Determinantes e Desafios Contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: FGV, 1994.

FOLHA ONLINE. São Paulo. Diário. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u15407.shtml>>. Acesso em: 01 nov. 2006.

_____. São Paulo. Diário. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u1>>. Acesso em: 01 nov. 2006.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MCCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVOLARO, Sergio Barreira de Faria. *Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2001.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. *Inovações em direito internacional: um estudo de caso a partir do Tratado de Ottawa*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

A COMUNIDADE DE REMANESCENTES DE QUILOMBO SÃO ROQUE – PEDRA BRANCA E O PARQUE NACIONAL: UM OLHAR SOCIOJURÍDICO DO CONFLITO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS QUILOMBOLAS¹

Félix Hobold

Assessor Jurídico e professor da Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc, Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC), Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul. E-mail: felix@unesc.net.

Louvani de Fátima Sebastião Silva

Mestranda do curso de Pós-graduação em Serviço Social da Universidade Federal da Santa Catarina – PGSS/UFSC, Pesquisadora do NESPP/UFSC- Núcleo de Estudos e Pesquisas Estado Sociedade Civil, Políticas Públicas e Serviço Social e do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (Nuped/Unesc), Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc. E-mail: louvani@bol.com.br; louva@brturbo.com.br.

¹ O presente artigo contém resultados das seguintes fontes: PIC/170-2007 e TCC – 2008. A pesquisa foi desenvolvida e financiada pelo Programa de Iniciação Científica – PIC 170 – Artigo 170 da Constituição do Estado de Santa Catarina junto à Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc, tendo orientação dos professores MSc. Aldo Fernando Assunção – aldo@unesc.net e MSc. Félix Hobold e a acadêmica bolsista Sra. Louvani de Fátima Sebastião da Silva como orientanda. O TCC – Trabalho de Conclusão do Curso de graduação em Direito/Unesc, igualmente desenvolvido pela acadêmica no ano de 2008, com a orientação do professor MSc Aldo Fernando Assunção.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo descrever e analisar a formação sócio-histórica da Comunidade de Remanescentes do Quilombo São Roque Pedra Branca, verificando o conflito patrocinado pelos entes estatais na efetivação dos direitos dos remanescentes de quilombos garantidos constitucionalmente.

Para confecção deste estudo, fez-se levantamento bibliográfico e documental-legal, objetivando fazer um breve histórico da constituição da Comunidade de Remanescentes de Quilombo São Roque – Pedra Branca, em seguida busca-se mostrar as contradições dos entes estatais na condução dos processos de reconhecimento desta Comunidade em contraposição à existência do Parque Nacional, que não permite presença humana. Por último, busca-se enfocar as garantias constitucionais das comunidades de remanescentes de quilombos e as dificuldades na efetivação destes direitos.

2 BREVE HISTÓRICO DA CONSTITUIÇÃO DA COMUNIDADE DE REMANESCENTES DO QUILOMBO SÃO ROQUE – PEDRA BRANCA

A comunidade São Roque localiza-se no extremo sul do Estado de Santa Catarina, município de Praia Grande², limite norte do Estado do Rio Grande do Sul, município de Mampituba³.

² O nome Praia Grande não tem relação direta com o termo praia, mar, ou algo do gênero. Mas, segundo a literatura, deve-se única e exclusivamente aos fenômenos naturais das grandes enchentes ocorridas no município que, com as fortes chuvas em longo espaço de tempo, de forma contínua, aumentavam o nível dos rios que passam pelo meio e no entorno da cidade, formando enormes correntezas d'águas que, arrancaram os seixos. Esses seixos rolavam para as margens, fixando-se nos leitos, dando, assim, aos que avistavam a cidade do alto da serra, o aspecto de estarem vendo uma enorme praia. Por isso o nome da cidade é Praia Grande. (CORVINO, 2003, p. 29)

³ O nome Mampituba de origem ainda não esclarecida, mas há versões que indicam que Mampituba é o nome do rio e, em 1997, foi criado o município com o mesmo nome. Mampituba, segundo dados apontados na página eletrônica abaixo, tem origem indígena, que quer dizer “desce e serpenteia” as várzeas que ficam nos municípios de Praia Grande/SC e Mampituba/RS. O

Geograficamente, o local se destaca pelas escarpas⁴ e rochas que dão contornos dos mais adversos, formando paisagens naturais de notável beleza, como os *canyons*, serras e a imponente Pedra Branca, referência para toda a região.

A constituição da comunidade São Roque, igualmente conhecida por Pedra Branca, origina-se no fato de ter servido de passagem e transporte de mercadorias entre o litoral sul de Santa Catarina e o planalto gaúcho e catarinense, proporcionando, assim, o desenvolvimento econômico da região serrana, entre o início do século XVII até o século XIX (SPRICIGO, 2007, p. 32)⁵.

Da serra que desce os rios, desceram também os escravos que, no intuito de resistirem ao sistema que os escravizava, encontraram naquele local o abrigo e a possibilidade de construir e (re) constituir os costumes de sua identidade étnica. A fuga continha um duplo sentido: ao mesmo tempo em que rompia com o passado cativo, possibilitava o reencontro com a liberdade e a sua cultura.

Conforme descreve Fernandes, ao observar que:

[...] São Francisco de Paula de Cima da Serra (por vezes chamada de Cima da Serra ou, simplesmente, de São Francisco) é a região da Serra Geral que está conectada histórica e geogra-

mesmo rio abriga as águas que descem das serras locais, sendo um rio extenso, banha diversos municípios, com formato de cobra rastejando-se, formando curvas ao longo de toda a extensão. Das relações indígenas, colhe-se que a origem do nome é “Mbói” = cobra e “Ypá” – alagadiço + “Tuba”. Essas palavras significam na língua indígena “local de descanso, de alívio e de muitos peixes”. O rio Mampituba fica na divisa do Estado do Rio Grande do Sul com Santa Catarina. Disponível em: <www.olitoral.com/lib/municipio/cidade_det.asp?cod_cid=81>. Acesso em: 20 maio 2008.

⁴ Escarpas se referem ao relevo da região que é formado por um conjunto de saliências provenientes da superfície terrestre com diferenças de níveis territoriais que formam ladeiras íngremes, acrescidas de vales e planícies, dando origem aos *canyons*. (FERREIRA, 1988, p. 206-437)

⁵ É difícil precisarmos exatamente quando se criou a ligação da serra ao mar. Entretanto, sabe-se que no início do ano de 1800 já havia transações comerciais inclusive vendas de escravos, entre catarinenses e paulistas [...] por volta de 1832 iniciava por aqui (Praia Grande) a compra de gado para charque através da serra do cavalinho, onde havia trilhas de índios, passagem de animais silvestres e mesmo de tropeiros. (RONSANI, 1999, p. 59)

ficamente à comunidade São Roque. São Francisco, com suas grandes extensões de campos naturais e florestas de araucárias foi região de produção pecuária, onde viviam escravos e senhores que são referidos pela memória dos membros da comunidade. Os Monteiros, os Nunes e os Fogaças, afirmam, eram os senhores de seus antepassados. Os ora fugidos, ora ao alcance do domínio senhorial, os escravos [...] das fazendas de São Francisco de Paula tinham sua mobilidade autorizada pelos senhores locais. Muitos deles, a mando de seus senhores [...] desciam dos campos de Cima da Serra para cultivar as férteis várzeas e planícies da região litorânea, na localidade conhecida como Roça da Estância [...] atual Mãe dos Homens, que é uma localidade de roças vizinhas a São Roque. [...] e, assim, após a colheita a produção era levada, seja a pé, seja em mulas, para Cima da Serra. [...] então, de fato, os escravos, se deslocavam da região serrana para a região litorânea, a fim de cultivar as terras. (2006, p. 132-144)

Portanto, São Roque é um local que serviu de abrigo para os escravos fugitivos que aos poucos foram se agrupando naquele espaço. Com uma característica geográfica que lhe é peculiar, o difícil acesso⁶ tornou-se o lugar de liberdade, onde os primeiros escravos fugitivos que chegavam na Pedra Branca – São Roque puderam acolher os demais que, resistindo ao sistema político escravocrata, ali se fixaram e, passado o período oficial da escravidão, formaram a Comunidade.

Os primeiros registros históricos documentados e encontrados dão conta de que a chegada de escravos à comunidade de São Roque – Pedra Branca ocorreu anteriormente a 1824, época em que o local Pedra Branca era compreendido pela extensão da Roça da Estância. Porém, esses registros sempre se fizeram de maneira bastante tímida, na tentativa de ocultá-los. No entanto, recentemente, em 1999, numa preocupação em relatar a ocupação socioespacial do Sul de Santa Catarina, o fotógrafo e escritor Gilberto Ronsani, em seu livro intitulado “Praia Grande: cidade dos *canyons* – 180

⁶ O termo “difícil acesso” refere-se neste texto ao desconhecimento do escravizador em encontrar o caminho de acesso aos quilombos.

anos de história”, deixou evidente a presença de escravos negros em Praia Grande, na região da Pedra Branca, com isso confirmando a existência do quilombo naquela região.

Assim, descreve Ronsani:

Praia Grande no passado, com certeza foi um grande paraíso para muitos índios e escravos. Por todo o século passado viviam por ali muitos escravos refugiados e até alguns vindos de Porto Alegre. Estes a princípio dirigiam-se para o Campo dos Pretos no vizinho estado do Rio Grande do Sul, que funcionava como uma espécie de quilombola. Os cujos escravos que queriam libertar-se normalmente dirigiam-se para lá. Após saberem da passagem pelo Rio Josafá, desciam a Pedra Branca. **Refúgio este já conhecido por muitos escravos cujo seus donos ao mandarem fazer as roças em Roça da Estância, tomavam conhecimento deste lugar de difícil acesso. Poucos registros escritos ali foram feitos.** Do século passado têm alguns registros de moradores dali que são: Pedro de Souza Fagundes, que nasceu em 1824 e faleceu em 30/06/1943. Júlio Monteiro de Guimarães que nasceu em 1859 e faleceu em 28/02/1917. [...] mais tarde com a libertação dos escravos, tudo ficara melhor, aquele povo pôde então usufruir da liberdade. (1999, p. 112) (Grifou-se)

Nesta perspectiva, a Comunidade São Roque tem seu passado identificado no regime escravocrata, vigente à época em nosso país, tendo nos arredores a riqueza da fauna e flora nativa, preservadas ao longo do tempo pela população de Remanescentes do Quilombo, ali ainda existente.

Corroborando, colhe-se das palavras de Spricigo, a seguinte contribuição:

Praia Grande é uma cidade distante a poucos quilômetros do mar, mas possui um rio, o Mampituba, que passa pela cidade. No século XIX, o Mampituba foi o principal condutor das populações para o interior. O núcleo urbano desenvolveu-se às margens. As paragens do Mampituba foram

ocupadas por famílias que criavam gado, praticavam agricultura de subsistência, além de comércio com a Serra Gaúcha. Este local era um antigo ponto de passagem que ligava Santa Catarina ao Rio Grande do Sul. [...] Ronsani narra a história de sua cidade detalhando o surgimento de cada **localidade [...] ao descrever as diversas comunidades, uma em especial chama nossa atenção. Estamos nos referindo à comunidade de Pedra Branca [...] Pedra Branca merece especial atenção, pois, segundo o autor, esse local era um antigo refúgio de escravos e que a falta de registro sobre o local deveu-se à necessidade dos escravos foragidos manterem-se bem escondidos.** Afirma ainda que o primeiro morador Pedro de Sousa Fagundes nasceu em 1824, faleceu em 1916. (2007, p. 42-43) (Grifou-se)

Neste sentido, constata-se que o povoamento da comunidade São Roque – Pedra Branca iniciou antes de 1824, – século XIX, ocupação que perdura até os dias de hoje.

Ademais, vale destacar que a escolha do território a ser constituído um quilombo – espaço de liberdade, sempre se dava de maneira profundamente reflexiva e, sobretudo, cautelosa, para que os escravos não fossem encontrados, capturados e devolvidos aos donos, ou até mortos para servir como exemplo de fracasso à tentativa de resistência ao regime escravista. Posto que,

[...] desde criança, os escravos presenciavam o sofrimento e as amarguras da liberdade cerceada, com isso fazia-se necessário aprimorar os conhecimentos sobre a região, sobre os caminhos, a geografia e a história do lugar, eram passos fundamentais para que um escravo pudesse [...] com maior clareza, estabelecer a busca pela liberdade, e, com isso, formar um quilombo. (FERNANDES, 2006, p. 143)

Contribui Flávio dos Santos Gomes:

[...] o quilombo era inerente à escravidão. Só havia fugitivos e quilombolas porque existiam homens escravizados sob exploração e violência. A ação quilombola era explicada na

negação ao regime escravista. Em outras palavras, ao fugir e se aquilombar, ainda que “sem consciência”, os escravizados acabavam por “dinamizar a estratificação social” sob o cativeiro, já que sua força de trabalho deixava de ser simples mercadoria. (2006, p.14)

Atualmente, os quilombos são conceituados como sendo o único espaço geográfico que possibilitava o desenvolvimento de sociabilidades, formando e recriando a identidade cultural dos escravos fugitivos, a partir de sua ancestralidade negra.

Além disso, infere-se que, historicamente, a construção dos quilombos foi fundamental, pois diante das constantes fugas, houve a determinação política pela abolição e, por conta desta, os escravos puderam se tornar sujeitos de sua própria história. Haja vista que por detrás dessas fugas estava a luta por espaços de autonomia, dignidade e acesso à terra (GOMES, 2006).

Por tratar-se de um território em que se buscava, acima de tudo, a construção da cidadania tendo por premissa a ancestralidade, o quilombo teria que conter algumas características fundamentais, dentre elas, a localização.

Na descrição do antropólogo Ricardo Cid Fernandes, e dentro dessas características, São Roque – Pedra Branca se firma como uma

[...] comunidade de remanescentes de Quilombos [...] que apresenta não apenas uma memória comum sobre seus antepassados escravos, mas também um conjunto de sociabilidades e territorialidades específicas [...] Para entender o caráter agrícola do quilombo, é importante nos remetermos ao trabalho realizado por aqueles que se refugiam. No caso dos escravos fugidos de São Francisco, observamos que a maioria deles trabalhava na lavoura, inclusive em regiões muito semelhantes a São Roque, como a vizinha Roça da Estância. (2005, p. 06, 50-51)

Outrossim, deve-se observar ainda a forma com que se deu a constituição do território quilombola em São Roque-Pedra Branca, sendo que, dos fatores que originaram a Comunidade de Remanescentes de Quilombo, está, sobretudo, a relação dos remanescentes com o espaço, importando num dos critérios de pertencimento a esta Comunidade.

3 AS CONTRADIÇÕES DOS ENTES ESTATAIS NOS PROCESSOS DE RECONHECIMENTO DA COMUNIDADE QUILOMBOLA SÃO ROQUE – PEDRA BRANCA

O autorreconhecimento da existência de remanescentes de quilombo na comunidade de São Roque – Pedra Branca iniciou-se formalmente, em 2003, com a união e organização de homens e mulheres, descendentes de escravos aquilombados, que guardam na memória coletiva a identidade étnico-cultural vinculada àquele território em que se encontram as reminiscências escravocratas de seus antepassados que ali se aquilombaram, sendo que, após a abolição, estes remanescentes permaneceram usando e habitando o local.

Depois de reunirem-se em assembleia no ano de 2003, constituíram a Associação dos Remanescentes do Quilombo São Roque – Pedra Branca, passando, assim, a se autodefinirem. Nesta esteira, em 2004, foram certificados pela Fundação Cultural dos Palmares que os reconheceu e os declarou publicamente como Remanescentes de Quilombo.

No passo seguinte, em 2005, a Associação dos Remanescentes do Quilombo São Roque-Pedra Branca oficiou o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, para que procedessem aos trabalhos de regularização fundiária das terras que ocupam tradicionalmente.

O Incra, após ser oficiado, citou os interessados e deu início aos trabalhos de campo, no qual compuseram um grupo de trabalho formado por pesquisadores das Universidades Federais de Santa Catarina (UFSC), Paraná (UFPR) e Rio Grande do Sul (UFRGS).

Sendo que o grupo, composto de forma interdisciplinar, cuidadosamente, confeccionou o Relatório Técnico Antropológico – RTA de comprovação, identificação, mapeamento territorial e memorial das terras ocupadas pelos remanescentes.

Ao final dos trabalhos de campo, o Incra elaborou o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação nº 54210.000262/2005, colhe-se:

O grupo de trabalho, após análise de todas as peças elaboradas e apresentadas que compõem o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação – RTID do território da Comunidade de Remanescentes de Quilombo São Roque, considerando o que determina o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, e Decreto 4.887/2003, a Instrução Normativa/INCRA nº 20 de 2005 e com base nas atribuições e competências delegadas ao Ministério do Desenvolvimento Agrário e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária pelos artigos 3º do referido Decreto e artigo 5º da referida Instrução Normativa, emitimos o seguinte parecer conclusivo: as terras identificadas neste Relatório Técnico de Identificação e Delimitação, constante da Planta e Memorial Descritivo delimitadas numa área de **7.327.6941 ha** (sete mil, trezentos e vinte e sete hectares, sessenta e nove ares e quarenta e um centiares), são reconhecidas como terras ocupadas tradicionalmente por remanescentes da comunidade de quilombo autodenominada Comunidade de Remanescentes de Quilombo São Roque, devendo o INCRA dar andamento ao procedimento determinado pelo Decreto 4.887/2003 e IN/INCRA/IN/2005, para que proceda à demarcação, dessintração, e ao final, emitir o título de propriedade e registro definitivo dessas terras aos membros da comunidade, em nome da Associação dos Remanescentes de Quilombo São Roque. Concluindo o presente Relatório, o INCRA SR (10) publicará Edital contendo um resumo do mesmo no Diário Oficial da União, no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, no Diário Oficial do Rio Grande do Sul e o fixará na Prefeitura Municipal de Praia Grande/SC e Mampituba/SC, servindo essas publicações como notificação aos ocupantes e presumíveis detentores de títulos sobre o território delimitado e reconhecido, os quais

terão prazo de noventa dias para apresentarem contestações junto a esta Superintendência Regional. (2007, p. 83) (Grifo nosso).

Com a confecção do Relatório Técnico Antropológico incorporado ao Relatório Técnico de Identificação e Delimitação do Território – RTID, pertencente à Comunidade de Remanescentes do Quilombo São Roque⁷, o Incra notificou os confrontantes, ocupantes e remanescentes, bem como aos órgãos federados, incluindo-se o Ibama.

Dada a morosidade do Processo Administrativo, que visa à regularização fundiária de terras aos remanescentes de quilombos da comunidade de São Roque-Pedra Branca encaminhado pelo Incra e, diante das inúmeras multas aplicadas pelo órgão federal Ibama, quando estes utilizam as roças para sua subsistência, o Ministério Público Federal – MPF de Criciúma/SC ajuizou Ação Civil Pública (2007.72.04.001338-9, fls. 01-30), com o escopo de garantir a subsistência daquela coletividade enquanto aguardam a efetivação e concretização do dispositivo Constitucional de Titulação dessas terras.

Da Ação Civil Pública ajuizada colhe-se:

[...] o escopo visa garantir a permanência dos integrantes da Comunidade São Roque nas áreas internas e de entorno dos Parques Nacionais da Serra Geral e Aparados da Serra Geral, possibilitando a utilização das terras para o cultivo e subsistência, inclusive com a ampliação das áreas de roçado

⁷ O processo administrativo é composto por cinco etapas, das quais inclui: Identificação do Território; Consulta aos órgãos Governamentais (Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional – IPHAN; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA; Secretaria do Patrimônio da União – SPU; Fundação Nacional do Índio- Funai; Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional; Fundação Cultural dos Palmares – FCP); Divulgação do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação do Território; Julgamento e análise das Contestações; encerrando-se com a publicação da Portaria assinada pelo Presidente do Incra em que, se reconhece e se declara os limites do território quilombola. A portaria é publicada no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado e, fixado na Prefeitura, onde se localiza a área quilombola. (ANDRADE, 2007, p. 17)

ora existente, até a completa delimitação e titulação da área pelo INCRA. A utilização da terra deverá respeitar o emprego de técnicas tradicionais adotadas **pelos quilombolas e a sua organização social, sendo vedada ao órgão ambiental à imposição de penalidades aos integrantes da Comunidade que estiveram dando à área a referida destinação.** (BRASIL, 2007, p. 9) (Grifo nosso.)

Constata-se que o MPF, ao ajuizar a ação, demonstra claramente que o Estado precisa assumir a responsabilidade de zelo para com as populações tradicionais remanescentes de quilombo. E mais, faz por compreender que os territórios quilombolas são locais que verdadeiramente expressam a dimensão de vida deste grupo étnico negro.

Sendo assim, aquela terra, local que usam e habitam, guarda as reminiscências de que fala o artigo 68 da ADCT/88 e artigo 3º da Instrução Normativa 20/05, assim como o disposto no Decreto Federal 4.887/03.

Igualmente, encontramos descritos no bojo do Processo Administrativo nº 54210.000262/2005 do INCRA, as seguintes palavras de Chagas:

[...] muitas questões, relacionadas à aplicação do artigo 68, surgem de tal modo que o saber jurídico passa a requerer o saber antropológico. **Este é o caso quando o jurídico-institucional põe concretamente em discussão a pergunta sobre quem são os titulares desse direito, assegurado no dispositivo constitucional;** quais seriam as situações fundiárias que corresponderiam ao direito, qual o seu escopo e abrangência. (2005, p. 214) (Grifou-se.)

Da mesma maneira, observa-se que a aplicação e efetivação do dispositivo constitucional, expresso no artigo 68 da ADCT/88, que reconhece de forma definitiva atribuindo ao Estado a obrigação de emitir a titulação das terras aos remanescentes dos quilombos que se encontrem usando e ocupando o território de manei-

ra tradicional. Diante disso, infere-se uma breve descrição acerca da interpretação jurídica, dada pelo Ibama ao preceito que acolhe os remanescentes de quilombolas da Comunidade de São Roque-Pedra Branca.

Na contestação processual, fica evidente o tratamento negativo e contraditório dado pelo ente federado Ibama – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis aos remanescentes de quilombos, bem como, ao relatório que identifica e reconhece naquele grupo a identidade étnico-cultural a partir do território habitado.

Nas palavras colhidas de Marcelo Beckansen (2006, p. 284), o que talvez não tenha percebido o Ibama, é que o conteúdo referido no artigo 68 da ADCT/88 possui aplicabilidade imediata, em face de sua urgência em abrigar os grupos vulneráveis, como as populações quilombolas.

Assim, o dispositivo tem plena eficácia e aplicabilidade, dispensando a existência de norma impulsionadora. Entretanto, da contestação do Ibama/SC, tiram-se os seguintes argumentos:

[...] **O único direito que os infelizardos** têm é tentar ação indenizatória contra o estado responsável pela expedição da matrícula imobiliária [...] assim, o que o art. 68 do ADTC não cogitou da intervenção da vontade do Estado ou de qualquer outra pessoa física ou jurídica para a conversão da posse em propriedade. Essa conversão se dá pelo só fato de existir, em 5 de outubro de 1988, a posse centenária qualificada, contínua e pacífica dos remanescentes das comunidades dos quilombos sobre as terras nas quais, na época imperial, se localizavam aqueles agrupamentos formados por escravos fugidos.

Ainda, que:

[...] a pseudo comunidade, para, desesperadamente, caracterizar sua existência [...] além da imaginação criativa do laudo [...] o Sr. Afonso [...] ocupa área minúscula, e se resume a uma casinha [...].

Percebe-se que a manifestação do Ibama traduz a negativa de reconhecimento de direitos dos remanescentes da Comunidade São Roque – Pedra Branca, de forma agressiva e autoritária. Dos argumentos, frisa-se o seguinte:

[...] O *Parquet* **não** está defendendo patrimônio público, pelo contrário, a pretensão objetiva vilipendiar o patrimônio público a favor de pessoas que, em tese, são **estelionatárias**; tampouco está defendendo o meio ambiente, muito pelo contrário, cf. será infra articulado, está atuando **contra** todo um ecossistema.[...] não objetiva o *Parquet* defender direitos da pseudo “Comunidade quilombola de São Roque”, senão, distintamente, o pseudo direito de alguns dos membros que estão **dentro** do Parque.[...] Ora cf. infra articulado há apenas **11 “propriedades”** ocupadas pelos pseudos quilombolas [...].

De pronto, fazendo-se uma análise da manifestação do Ibama, compreende-se a total desconsideração para com os direitos dessa coletividade, que criou parques em territórios anteriormente habitados por populações tradicionais, e isto, por si só, já demonstra que em nenhum momento se pensou no grupo que ali vive secularmente.

Não obstante, tem sido desta forma o trato do Ibama para com os remanescentes do quilombo São Roque – Pedra Branca. E o que é pior, traz para o processo judicial em sua contestação, argumentos desrespeitosos para com uma população que tanto já tem sido oprimida pela sociedade. Argumentos que fogem à técnica jurídica, para simplesmente atacar e agredir uma comunidade que luta para ter garantido um direito constitucional.

O Estado, representado pelo Ibama, não tem se mostrado sensível à questão fundiária que envolve os remanescentes, conforme enfatiza Santilli, que sempre se há de preservar as populações tradicionais em seu *habitat* natural, pois estes sabem preservar e lidar com a natureza:

Hoje se reconhece que a expulsão das populações tradicionais é negativa não apenas sob o ponto de vista social e hu-

mano, mas tem conseqüências danosas também no que se refere à conservação da natureza. [...] Sua exclusão, aliada às dificuldades de fiscalização dos órgãos públicos, muitas vezes expõe as unidades de conservação à exploração florestal, agropecuária e imobiliária predatória. Com isso perde-se também o conhecimento sobre o manejo sustentável do meio ambiente natural acumulado por essas populações. (2005, p. 121)

Além disso, o que se indica quando há interesses públicos conflitantes, que se balize sempre de forma a usar o bem senso, e isto vale também para o Estado. Como se vê nos dizeres de Santilli:

A função socioambiental da propriedade permeia a proteção à cultura, ao meio ambiente, aos povos indígenas e aos quilombolas [...] a nova Constituição, ao alargar o conceito de patrimônio cultural, fortaleceu ainda mais a função socioambiental da propriedade sobre bens culturais, que será limitada e restringida de acordo com o interesse público na preservação do patrimônio cultural. (2005, p. 86)

O Ibama, além de desconsiderar por completo os remanescentes do quilombo, não os reconhece como sujeitos de direitos, capazes de alcançar a concretização do preceito constitucional, segundo o artigo 68 da ADCT/88.

Entretanto, o Incra, de forma perspicaz, após o encerramento do trabalho de campo, reconheceu a identidade étnico-cultural dos Remanescentes de Quilombo da Comunidade de São Roque, comprovada pelos relatórios de pesquisa, depois de árduos três anos de estudos, e que contaram com um grupo multidisciplinar de pesquisadores tecnicamente preparados e com larga experiência nas questões quilombolas da região sul do Brasil.

Diante do exposto, verifica-se que o Ibama anotou na contestação uma argumentação constituída em teses precárias, onde rechaça o direito dos Remanescentes do Quilombo São Roque – Pedra Branca. Por outro lado, os remanescentes pleiteiam o alcance das políticas públicas federais de garantia de seus direitos,

que foram largamente demonstrados nos relatórios técnicos, elaborados por pesquisadores das mais diversas áreas do saber científico-jurídico, transformando-se em provas documentais e legais que os assistem.

4 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DAS COMUNIDADES DE REMANESCENTES DE QUILOMBOS

A partir da Constituição de 1988, conforme exposto anteriormente, os remanescentes de quilombos passaram a ganhar perspectiva jurídica, deixando de ser ignorados, conforme aponta Marcos dos Santos Marinho (2007, p. 1), ao discorrer sobre a relevância dos conhecimentos tradicionais guardados pelos remanescentes. Em função disso, segundo o autor, numa perspectiva socioambiental, os quilombolas devem ser mantidos junto ao meio ambiente, no local em que, no passado, foi constituído o seu território.

Santilli coloca que

A diversidade de espécies, de ecossistemas e genética não é somente um fenômeno natural, mas também cultural. A biodiversidade, portanto, não se traduz apenas em longas listas de espécies de plantas e animais, descontextualizados do domínio cultural, **mas trata-se de um conceito construído e apropriado materialmente e simbolicamente pelas populações humanas [...] a biodiversidade resulta de contribuições culturais de povos e comunidades que desenvolvem uma relação de estreita dependência do meio natural, formas culturais diferenciadas de interação e de apropriação dos recursos ambientais, e um vasto conjunto de conhecimentos**, inovações e práticas relativas à biodiversidade [...]. (2005, p. 98-99) (Grifou-se.)

Assim, os remanescentes de quilombo são populações tradicionais em que a diversidade ambiental que compõe os ecossistemas está diretamente associada à identidade étnico-cultural, reproduzida por estas populações no espaço territorial, no qual habitam. Eis que, com estes, estão os saberes tradicionais apreendidos na

relação com o meio ambiente e no contexto sócio-histórico de resistência em que se constituíram os quilombos no Brasil.

Nesta linha, nos territórios em que habitam os remanescentes são mantidos os costumes e saberes tradicionais que protegem e conservam a sua identidade étnico-cultural, tanto quanto as diversidades dos ecossistemas como elemento vital à existência no território e o fortalecimento cultural.

Nas palavras de Santilli vem o alerta de que, “para entender o significado de territorialidade para um grupo social, deveremos entender a relação particular que aquele grupo social mantém com seu respectivo território” (2005, p. 138). É necessário compreender também os vínculos afetivos que se mantiveram conservados naquele espaço geográfico, pois ali está a história de ocupação guardada na memória coletiva, no uso social dado ao território e nas formas de defesa deste.

Neste contexto, verifica-se que o Estado brasileiro, por meio da Lei 9.985/00, promove a proteção do meio ambiente e adota medidas incompatíveis com a realidade brasileira, quando da criação e implantação de Parque Nacional que impossibilita a presença humana no local que já era habitado. Essas regras que excluem as populações tradicionais do espaço onde vivem de forma sustentável, especificamente os remanescentes de quilombo que permaneceram usando e habitando o mesmo território desde o período escravocrata, posto que, neste espaço, identificam sua identidade étnico-cultural, por meio das reminiscências materiais e imateriais que compõem o local, revelam-se uma grave ameaça ao patrimônio histórico humano.

Os remanescentes do quilombo, da mesma forma que protegem historicamente o local, preservam o meio ambiente que compõe o território que habitam, pois para eles o espaço em que vivem não representa apenas a sobrevivência física, mas, sobretudo, a preservação cultural que os diferencia dos outros grupos sociais.

Disso observou Ibraim Rocha, ao descrever que o homem quilombola e a natureza são indissolivelmente inseparáveis:

[...] O ser humano somente constrói a cultura na relação com o espaço onde vive e desenvolve a luta na construção diária da sua dignidade. **Assim apresenta grave violação desta norma constitucional a pretensão de criarem unidades de conservação cujo conceito não admite a presença humana o que levaria à necessidade de realocação, indenização de comunidades tradicionais, olvidando que o texto constitucional acentua estas especiais regras de proteção das minorias, que justamente integram estas populações tradicionais e, como se sabe a Lei do SNUC, abraça formas de unidades de conservação que são adequadas à presença destas comunidades [...].** (2006, p. 137) (Grifou-se.)

Diante disso, denota-se que a afirmação de uma identidade tem o poder de incluir ou excluir os grupos sociais. Portanto, uma identidade étnico-cultural, reconhecida pelo Estado demarca fronteiras entre quem pertence e quem não pertence àquele determinado grupo étnico, ou a determinado território.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nasce com o propósito democrático de atender às reivindicações dos movimentos sociais das décadas de 1970 e 1980. Dentre as reivindicações está a de reconhecer as diferenças étnicas e culturais dos grupos populacionais responsáveis pelo processo civilizatório do Brasil.

Assim, a Magna Carta passa a dispor em seus artigos 215, 216 e, principalmente, no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT/88, os direitos constitucionais que abrigam as populações tradicionais remanescentes dos quilombos. Logo, o artigo 68 da ADCT se expressa determinando que o Estado brasileiro promova o reconhecimento e, por consequência, a titulação das terras em que se encontrem habitadas por remanescentes de quilombos. Aliado aos artigos citados, nasce o Decreto 4.887/03, que regulamenta o artigo 68 da ADCT-CF/88. Consoante os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, nota-se que o constituinte originário quis reconhecer o Estado brasileiro como

um ente pluriétnico e detentor de multiculturas, buscando assim, assegurar a proteção às comunidades de remanescentes de quilombo nas palavras de Juliana Santilli, quando descreve:

A defesa desses remanescentes de quilombo, como patrimônio histórico, representado por objetos e vestígios de edificações, e como patrimônio cultural, representado pelo seu peculiar modo de fazer as coisas e de viver, acarreta a defesa do ecológico [...] **a defesa do patrimônio cultural só é eficiente com a concomitante defesa do patrimônio natural. [...] a proteção ao patrimônio natural se justifica não só por razões ambientais *stricto sensu*, mas também por seu forte conteúdo simbólico, referenciador de uma identidade cultural nacional e de uma “auto-estima” coletiva.** (2005, p. 96-97) (Grifo nosso.)

Nota-se a preocupação do legislador constituinte, prontamente reforçada nas normas infraconstitucionais, que reconheceram a realidade brasileira em que se encontram inseridas as populações tradicionais remanescentes de quilombos. Desta forma, segundo o artigo 3º da Instrução Normativa 20/2005, a ancestralidade é presumida pela trajetória histórica de opressão deste grupo étnico que, no passado, quando escravos, em resistência ao sistema escravocrata, aquilombaram-se e construíram em determinados locais o seu território.

Contribuindo, Beckhansen diz que

[...] a questão quilombola se encaixa nesta situação, provocando uma desconstrução de certos valores “naturalizados” nos sistemas político/jurídico e possibilitando a construção de novos valores, modelados na forma de garantias e direitos, devidamente constitucionalizados [...]. **O direito estabelecido pela norma em questão afigura-se vital para a subsistência destas comunidades, que têm, nas terras que ocupam, o seu principal elemento de agregação. Sem suas terras, os “quilombolas” diluem-se na sociedade envolvente, enquanto a comunidade étnica em que convivem tende a se extinguir.** (2006, p. 283-286)

Neste contexto, verifica-se que, mesmo com a permanência dos remanescentes de quilombos que se encontram secularmente usando e ocupando as terras onde foi constituído o território de liberdade, indissolúvelmente ligado ao conhecimento tradicional adquirido, por meio da oralidade dos seus antepassados, a titulação dessas terras, conforme preceitua o artigo 68 da ADCT/88, ainda tem ainda um longo percurso a percorrer para se tornar realidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para os remanescentes do Quilombo São Roque – Pedra Branca, o espaço geográfico onde vivem está em cada árvore, em cada pedra, em cada grota, em cada rio, representando o passado de luta e resistência em oposição ao sistema político escravocrata.

Esses remanescentes expressaram no cotidiano a relação estabelecida com a gênese da formação do quilombo no território Pedra Branca, pois preservaram costumes e técnicas rudimentares de plantio e colheita, herdados de seus antepassados, por meio da oralidade. Retiram a subsistência das atividades agrícolas e, pelo modo de fazer e agir, se diferenciam culturalmente dos demais grupos sociais.

Neste sentido, o Incra, instado pela Comunidade de Remanescentes, encaminhou um processo administrativo que, depois de encerrados os trabalhos de campo, reconheceu por certa a identidade étnico-cultural dos Remanescentes do Quilombo São Roque-Pedra Branca. Assim, certificou-os por meio do Relatório Técnico de Identificação e Delimitação do Território, o qual dispôs que aquela coletividade é remanescente de quilombo e que, naquele território, usado e habitado, contém as reminiscências dos escravos ali aquilombados no passado.

Contudo, após a preclusão do prazo Processual Administrativo, o Ibama apresentou uma peça contestatória à Ação Civil Pública, da qual se colheram as argumentações inferidas por este ente estatal, em que se notou claramente o ataque implacável, agressivo e desrespeitoso para com aquela coletividade de remanescentes quilom-

bolas, que representam uma parcela do patrimônio histórico nacional, a qual foi oprimida na história política do Brasil. Ainda, nos argumentos do Ibama, verificamos que as arguições extrapolaram as técnicas jurídicas processuais, pois foram construídas de forma desrespeitosa ao direito constitucional garantido aos remanescentes de quilombos.

Portanto, o Estado democrático de direito brasileiro que se fez representar pelo Ibama ainda não está preparado jurídica e politicamente para acatar a efetivação do preceito constitucional, de acordo com o artigo 68, haja vista que não reconhece a constituição sócio-histórica em que se deu a formação dos quilombos no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lúcia M. M. de. *Terra de Quilombo: herança e direito*. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, 2006.

_____. ICMBIO – Ibama. *Contestação à Ação Civil Pública 2007.72.04.001338-9*. Acostada em 07 de março de 2008. Justiça Federais de Criciúma/SC, 2007, fls. 244 a 292.

_____. *Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm>. Acesso em: 24 jul. 2006.

_____. Incra. *Processo Administrativo 54210.000262/2005-41: Identificação, Reconhecimento, Delimitação e Titulação de Terras ocupadas por remanescentes de quilombolas, conforme Decreto Federal 4.887, de 10.11.2003*. Florianópolis: Incra/SC, 2005.

_____. Senado. *Jornal do Senado: Uma Reconstituição Histórica*. Órgão do Senado do Império – Rio de Janeiro, segunda-feira, 14 de maio de 1888. Edição Comemorativa dos 120 anos da Lei Áurea – Jornal do Senado – 12 a 18 de maio de 2008, ano XIV, n. 2.801/172. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 1-8.

_____. *Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – SNUC. Lei 9.985, de 18 de julho de 2000*. Brasília: Senado Federal, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm>. Acesso em: 20 dez. 2007.

CHAGAS, Miriam de Fátima. In: *Processo Administrativo: Identificação, Reconhecimento, Delimitação e Titulação das Terras ocupadas por remanescentes de quilombolas, conforme Decreto Federal nº 4.887/2003*. Florianópolis: Incra/SC, 2005. p. 29-42.

CORVINO, Renata Carreira. A influência do tropeirismo na formação do município de Praia Grande. *Revista Tempos Acadêmicos*. Criciúma: Unesc, 2003.

FERNANDES, Ricardo Cid; BUSTOLIN, Cíndia; MOMBELLI, Raquel. Relatório Antropológico: A Comunidade de São Roque – SC. In: LEITE, Ilka Boaventura (Org.). *Quilombos no Sul do Brasil: Perícias Antropológicas*. Boletim Informativo do NUER – Núcleo de Estudo de Identidade e Relações Interétnica. v 3, n. 3. Florianópolis: NUER/UFSC, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

FIABANI, Adelmir. *Mato, palhoça e pilão: o quilombo, da escravidão às comunidades remanescentes (1532-2004)*. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

GOMES, Flávio dos Santos. *A hidra e os pântanos: mocambos, quilombos e comunidade de fugitivos no Brasil (séculos XVII-XIX)*. São Paulo: Pólis, 2005.

_____. *História de quilombolas: macambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro, século XIX*. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo. Saraiva, 2003.

NOBREGA, Flávia Rigo. Ação Civil Pública nº 2007.72.04.001338-9. In: BRASIL. *Ajuizada em 20 de maio de 2007, contra o IBAMA*. Procuradoria da República no Município de Criciúma/SC, fls. 01 a 31. Criciúma: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2007.

RONSANI, Gilberto. *Praia Grande: Cidade do Cannyons: 180 anos de história*. Praia Grande: Ed. do Autor, 1999.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica a diversidade biológica e cultural*. Petrópolis, Vozes, 2005.

SILVA, Louvani de Fátima Sebastião da; ASSUNÇÃO, Aldo Fernando; HOBOLD, Félix. *A presença humana em Parque Nacional: uma abordagem sócio-jurídica e ambiental do conflito entre remanescentes do quilombo São Roque e o Poder Público, Município de Praia Grande (SC) – Mampituba*

(RS) e o Poder Público. Relatório Final de Pesquisa de Iniciação Científica – PIC 170. Depositado na Secretaria de Pós-graduação da Unesc; Criciúma: Unesc, 2008.

_____. *A Identidade étnico-cultural dos remanescentes do Quilombo São Roque-Pedra Branca como elemento essencial de acesso formal à terra, Município de Praia Grande, SC.* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc. Criciúma: Unesc, 2008.

SPRICIGO, Antonio César. *Sujeitos Esquecidos Sujeitos Lembrados: entre fatos e números, a escravidão registrada na Freguesia do Araranguá no século XIX.* Caxias do Sul: Murialdo, 2007.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UMA CONSTRUÇÃO HUMANISTA

Marizélia Peglow da Rosa

Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz – Unisc. Professora da pós-graduação na Universidade de Fortaleza – Unifor. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. Pesquisadora dos Grupos de Estudos/Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, da Unisc, e “Direito e Relações Internacionais”, da Unifor.
E-mail: marizelia_peglow@hotmail.com..

Sabrina Cassol

Advogada, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul, membro do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas.
E-mail: binacassol@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O artigo pretende analisar os direitos fundamentais e humanos diante do constitucionalismo do direito privado. Para tanto, num primeiro momento, será feita uma análise da necessária constitucionalização do direito privado a partir dos direitos fundamentais, demonstrando a necessidade da interferência estatal nas relações privadas, tornando-as mais humanizadas.

Também, de forma sucinta, abordar-se-á sobre a evolução dos direitos fundamentais, a qual trouxe consigo um crescente e importante reconhecimento de direitos, seja pela intervenção do Estado, no seu papel prestacional, seja quando o Estado deixa de intervir, garantindo a liberdade individual. No entanto, cumpre referir que, num primeiro momento, os direitos foram reconhecidos pragmaticamente, ou seja, necessitavam de normas infraconstitucionais para serem efetivados. Esse pensamento evoluiu, logo, hoje os princípios possuem força de lei, podendo ser exigidos a qualquer momento.

Num segundo momento, este trabalho abordará as diferentes denominações designadas aos direitos fundamentais e também aos direitos humanos, uma vez que, para alguns doutrinadores como Bonavides, os direitos humanos são os fundamentais em escala nacional, e, por outro lado, os direitos humanos figuram em escala supranacional, ou seja, mundial.

Num terceiro momento, será analisada a vinculação das relações particulares aos direitos fundamentais e a conseqüente instauração de um direito privado mais humanístico, precedido pelas evoluções constitucionais, ressaltando as diversas teorias existentes em nossa doutrina.

2 A NECESSÁRIA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SUA EFETIVAÇÃO POR MEIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Durante séculos, subentendia-se que a sociedade e o Estado eram a mesma coisa, que não existiam formas associativas humanas diferentes do Estado. Entretanto, Aristóteles foi o primeiro a considerar a família como uma “forma embrionária e imperfeita da *polis* e seu tratamento foi colocado no início da política” (BOBBIO, 2001, p. 60-61). Logo, a sociedade teve de evoluir, para que pudessem se tornar uma instituição capaz de auxiliar na tomada de decisões, com o objetivo de fiscalizar e escolher as demandas em que o Estado deverá atuar e de qual forma.

Sucedendo o absolutismo – campo fértil à agressão das liberdades individuais em face do poder estatal exacerbado e como substrato das revoluções liberais –, emerge o Estado liberal sobre as bases do constitucionalismo e dos direitos humanos. Este, por sua vez, se propõe a defender os direitos individuais frente ao Estado, sugerindo a não intervenção estatal nas relações privadas e limitando sua atuação ao estabelecimento de regras mínimas de convivência entre as pessoas. Sua finalidade era a de favorecer o desenvolvimento pleno dos indivíduos. Tudo fundado nos ideais iluministas.

Para Wolkmer (1990, p. 21), o Estado surgiu como uma edificação, resultante de um novo modo de produção que surgiu nos burgos. É, desse modo, um sujeito artificial, centralizador e institucionalizado, que se fortaleceu cada vez mais, na medida em que detinha o monopólio da força e da burocracia.

O Estado era visto como uma estrutura organizada e equilibrada, entretanto, essas bases estão sendo afetadas hodiernamente, no que tange a sua característica de provedor de serviços. Essa situação trouxe um certo desequilíbrio, principalmente, porque permitiu a ampliação da capacidade dos mercados em moldar as estruturas administrativas vigentes e o desenho das políticas públicas, ou seja, criou-se um descompasso (CAVALCANTI; RUEDIGER; SOBREIRA, 2005, p. 14).

A modernidade revelou o individualismo, a competição do mercado, não conduzindo o ser humano à sua efetiva realização. Não se consegue romper com a cultura do individualismo, que nos desautoriza como seres coletivos, devido ao processo da globalização, pois, em vez de a solidariedade tornar-se globalizada, o que acaba se globalizando são os interesses do mercado e de uma minoria. Assim, esquece-se a principal finalidade de todo esse processo – o ser (VERONESE, 2003, p. 422).

Em outras palavras, a globalização neoliberal constitui hoje, sem dúvida, um regime de acumulação de capital muito mais intenso do que os anteriores, pois visa, por um lado, dessocializar o capital, libertando-o dos vínculos sociais e políticos, que no passado

garantiam alguma distribuição social. E, por outro lado, submeter a sociedade no seu todo a lei do valor, adotando o pressuposto de que toda a atividade social é mais bem organizada, quando realizada sob a ótica de mercado. Sua principal consequência é a distribuição desigual dos custos e das oportunidades produzidas pela globalização neoliberal dentro do sistema mundial, o que acaba gerando o aumento exponencial das desigualdades sociais, entre países ricos e pobres e entre países ricos e pobres, no interior de cada país (SANTOS, 2002, p. 14).

Esta tradição jurídica, herdada do Estado liberal de Direito, muito cômoda aos aplicadores do Direito, ainda hoje se constitui como um entrave à aplicabilidade da força normativa emanada da Lei Fundamental. O fato é que a realidade se incumbiu de demonstrar que não é o Estado o único agente capaz de ameaçar os direitos fundamentais. A partir dessa constatação, inicia-se o processo de retomada da Constituição ao topo da hierarquia das fontes do Direito: “A Constituição, em suma, não é mais a Lei do Estado, mas o Estatuto Fundamental do Estado e da sociedade”. Nesse sentido, a Constituição dirigente substitui as constituições liberais. “O primado do público sobre o privado no Estado social expressa-se pelo aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários” (SARMENTO, 2004, p. 40-41).

Mudanças ocorreram tanto no Estado, como na sociedade. Dessa forma, de Estado liberal, passou-se a ser Estado social¹, onde os valores de justiça social e distributiva passam a dominar o cenário do século XX. A sociedade passa a exigir o acesso aos bens e serviços, e o Estado age para fazer prevalecer o interesse coletivo. Essas mudanças do Estado e da sociedade alteram a Constituição,

¹ “O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. In: FIUZA, C.; SÁ, M. F. F.; NAVES, B. T. O. (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 202)

ou seja, a interpretação passa a ser feita com base na Constituição, pois os códigos civis continuaram alicerçados no Estado liberal, protetor dos direitos patrimoniais e do individualismo jurídico.

Atualmente, a opressão já não está presente somente nas relações estatais, mas também nas relações privadas, na sociedade civil, nas famílias, nas empresas e em todas as relações de trabalho, razão pela qual ocorre a irradiação dos direitos fundamentais nestas relações privadas. A lógica inerente ao Estado social exige a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Depois de averiguada a necessidade da constitucionalização do direito privado e que sua própria concretização só será efetivada por meio dos direitos fundamentais, torna-se importante também averiguar as diferentes denominações, conceitos ou características dispensadas aos direitos fundamentais.

3 DIFERENTES DENOMINAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PERANTE O CORPO LEGISLATIVO: – OS DIREITOS HUMANOS PODEM SER CONSIDERADOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO EM NÍVEL MUNDIAL (SUPRANACIONAL)?

Existe uma discussão quanto às diferentes denominações, conceitos ou classificações que foram adotadas no decorrer da trajetória histórica dos direitos fundamentais. Seu foco gira, principalmente, em relação à questão da aceitação ou não da equiparação dos direitos fundamentais aos direitos humanos, diferenciando-os somente no tocante ao território de aplicação e surgimento. Enquanto os primeiros são aplicados em nível de Estado nacional, os segundos são de nível supranacional, ou seja, aplicados em nível mundial.

Segundo Canotilho (2003, p. 385), os direitos fundamentais podem ter as classificações doutrinárias e históricas divididas da seguinte forma: direitos do homem e direitos fundamentais; direi-

tos do homem e direitos do cidadão; direitos naturais e civis; direitos civis e liberdades, ou direitos políticos; direitos civis e direitos, ou liberdades individuais; direitos e liberdades públicas; direitos e garantias; Direitos Fundamentais e direitos de personalidade; direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais; Direitos Fundamentais e garantias institucionais.

Já Sarlet prefere traçar uma distinção de cunho didático entre as expressões “direitos do homem” – no sentido de direitos naturais ainda não positivados: “direitos humanos”, positivados na esfera do direito internacional; e “direitos fundamentais” – direitos reconhecidos/outorgados e protegidos constitucionalmente pelo Estado (para cada Estado) (SARLET, 2001, p. 36 e ss.). Ressaltando ainda que direitos humanos e direitos fundamentais não são termos excludentes e sim complementares, e que os direitos fundamentais nascem com as Constituições e com elas se desenvolvem.

A expressão “direitos do homem” significa direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos. “É a mais antiga das denominações usadas pela doutrina. Já os “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente” (CANOTILHO, 2003, p. 387). A expressão apareceu no contexto da Revolução Francesa, mas sua difusão se deu através do constitucionalismo alemão. Por seu caráter ideologicamente neutro, apresentando-se com um nome da ciência jurídica, é hoje muito utilizado. Para estes, direitos seriam unicamente aqueles exigíveis de uma autoridade política, integrantes, portanto, da ordem jurídica de um determinado Estado.

Esta confusão terminológica não é incomum. Basta uma simples análise na Constituição brasileira de 1988 para se constatar que o legislador constituinte também utilizou várias expressões para designar o mesmo conteúdo: “Direitos Humanos” (art. 4º, inc. II), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, inc. LXXI), “direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, § 1º), “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, inc. IV).

No que se refere aos direitos do homem e direitos do cidadão, “os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos

pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade” (CANOTILHO, 2003, p. 387-388). A denominação direitos do homem e do cidadão tem sua origem na teoria contratualista do pacto social e é entendida como os direitos do indivíduo frente ao Estado. A expressão foi utilizada pela Revolução Francesa e pela maioria das proclamações, a partir de então.

A expressão direitos naturais possui um matiz claramente filosófica, largamente utilizada nas teorias jusnaturalistas desde o período do renascimento, mas sua divulgação se deu na época do racionalismo, quando, por direito natural, se entendia um conjunto de direitos inatos ao homem e anteriores ao Estado. Segundo Canotilho, “Os direitos naturais, como o nome indica, eram inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social; os direitos civis [...] os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão e proclamados nas constituições ou leis avulsas.” Já “os direitos civis são reconhecidos pelo direito positivo a todos os homens que vivem em sociedade; [...] os direitos políticos – só são atribuídos aos *cidadãos activos*” (2003, p. 388).

Os direitos civis, “depois de esvaziados os direitos políticos, passam a ser considerados pela publicística francesa como direitos individuais ou liberdades individuais ou ainda *liberdades fundamentais*” (CANOTILHO, 2003, p. 389). A expressão direitos individuais é própria do liberalismo. Os direitos do homem são entendidos como um contraponto ao Estado totalitário e absolutista, cujo poder deve ser limitado a partir do direito individual do homem.

Finalizando, há os direitos e liberdades públicas, onde a expressão “liberdades públicas” foi criada pelo Estado liberal de direito, que substituiu a expressão “direitos naturais” por “liberdades fundamentais”, que era o núcleo de seu direito. A expressão aparece pela primeira vez na constituição francesa de 1793 e continua em uso por estar na origem das teorias políticas atuais. O rótulo dos direitos humanos no Conselho da Europa é: Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. “[...] os direitos civis, depois de separados dos direitos políticos, passaram a ser designados também por liberdades in-

dividuais.” Como bem lembra Canotilho, essas definições são feitas sempre tendo por base a relação estabelecida entre cidadão (este como titular de direitos) e Estado. “[...] As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e através delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado” (2003, p. 389).

Canotilho, ao falar de *status negativus*, está se referindo à teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek, difundida no século passado, mas extremamente atual quando se abordam as perspectivas subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais, servindo de referencial para a classificação dos direitos fundamentais. Esta teoria será abordada logo a seguir, quando se procura separar as várias teorias utilizadas para a classificação dos direitos fundamentais.

Outra classificação dos direitos fundamentais é a de Schäfer, que pode ser observada sob três distintos pontos de vista: relacionados com o desenvolvimento histórico², com o conteúdo preponderante³, e com uma pretensão integrativa do direito⁴.

² É a chamada teoria geracional (ou dimensão dos direitos). A “classificação doutrinária dos direitos fundamentais utiliza a evolução histórica enquanto elemento essencial à própria caracterização e individualização dos direitos fundamentais, [...]”, onde os direitos fundamentais são classificados em três gerações: de primeira geração; de segunda geração; e, de terceira geração. E, baseados em três elementos, quais sejam: a) relação Estado x cidadão; b) concepção política do Estado; c) espécie de direito considerado (individual, coletivo ou difuso). (SCHÄFER, 2005, p. 14-15)

³ É também denominada de “Teoria dualista”. Baseada em duas categorias jurídicas, de um lado, as liberdades negativas – através de uma postura omissiva do Estado; de outro, as liberdades positivas – baseada na função promocional do Estado. (SCHÄFER, 2005, p. 41)

⁴ Também denominada de “Teoria Unitária”. É a adequação da teoria dos direitos fundamentais à sociedade contemporânea, altamente complexa, “tendo-se por objetivo a incorporação concreta desses direitos aos patrimônios jurídicos dos destinatários, resultando as seguintes ponderações: a) A incindibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos [...]; b) O caráter incindível dos direitos fundamentais decorre da unidade de sentido constitucional. C) Inexistência de diferenças estruturais entre os distintos tipos de direitos fundamentais, [...]; d) Interligação sistêmica e dialética entre todas as espécies de direitos fundamentais, [...]; e) Caráter principiológico de todos os direitos fundamentais, [...]” (SCHÄFER, 2005, p. 70)

Em resumo, pode-se definir os direitos fundamentais como direitos humanos positivados e inseridos na categoria de direitos subjetivos, ou melhor, “aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” e cujo fim almejado é “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”, conforme ensina Bonavides (1979, p. 560), amparado na doutrina do constitucionalista tedesco Konrad Hesse.

Portanto, inúmeras são as classificações adotadas, mas o importante é que se aceite que, enquanto os direitos humanos são de escala mundial, os direitos estão sujeitos a escala do Estado Nacional, logo, não são diferentes, mas são de escalas diferentes.

Depois de elucidados os diversos conceitos, classificações ou denominações de direitos fundamentais, torna-se necessário elucidar a sua vinculação com os direitos particulares, uma vez as relações privadas são o foco principal desse trabalho.

4 A VINCULAÇÃO DAS RELAÇÕES PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A INSTAURAÇÃO DE UM DIREITO PRIVADO HUMANÍSTICO CONTEMPORÂNEO

Nas relações existentes entre o indivíduo e o Estado, a Constituição era quem delimitava as regras em prol da liberdade individual, enquanto que nas relações privadas era o Código Civil o responsável por tais normas em relação às particulares e à autonomia privada que permeava suas relações.

Porém, essa autonomia privada diante das relações particulares vem se degradando, pois o direito privado contemporâneo passou a centralizar valores mais humanos, direcionados na dignidade da pessoa humana e nos seus valores existenciais. Superando o ideal individualista, é demonstrado o dever de intervenção do Estado em garantir os direitos fundamentais de toda e qualquer lesão ou ameaça. Nem que para isso, seja preciso auxílio de outros poderes, como o próprio Judiciário.

Os direitos fundamentais incidem nas relações privadas, entretanto, sua eficácia é atenuada com base na ponderação técnica

para mediar o alcance em cada caso. Barcellos conceitua a ponderação: “De forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado” (BARCELLOS, 2003, p. 55).

Segundo Ubillos (2005, p. 333-367, *passim*), nas relações privadas está em jogo o frágil equilíbrio entre os direitos e liberdades, e o princípio da autonomia negocial sobre o qual se constitui o direito privado. Neste contexto, a Constituição pode ser denominada “a parte geral do ordenamento jurídico”, porque passa a ser o centro do ordenamento jurídico, onde toda legislação deve a ela estar vinculada. Possuindo eficácia irradiante, ou seja, com a Constituição irradiando os seus princípios para todo o sistema jurídico, a fim de que todos os ramos do direito, inclusive para as relações entre os particulares, estejam vinculados aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, pois é desta forma que as relações jurídicas terão maior equilíbrio (UBILLOS, 2005, p. 333-367, *passim*).

Hesse (1991), ao escrever sobre a força normativa da Constituição, faz uma importante referência à vontade da Constituição, como uma força ativa em orientar a conduta da sociedade segundo ordens constitucionais preestabelecidas, numa forma de conduzir a consciência dos responsáveis pela ordem jurídica, não apenas seguindo a vontade do poder, mas também segundo a vontade de Constituição. Hesse faz o questionamento de sua tese a partir da existência da relação entre o poder determinante das forças políticas e sociais e a força determinante advinda do direito constitucional. Inovador, portanto, no sentido de perseguir a fundamentação e o alcance dessa força/vontade constitucional, e diante de algumas respostas buscadas pelo autor, encontra-se também a fundamentação da própria ciência do direito constitucional enquanto uma ciência normativa do sistema jurídico.

No direito brasileiro, a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta, imediata e delineada pela Constituição Federal de 1988 (intervencionista e social) além do sistema de direitos fundamentais por ela abordados; é voltada para a promoção

da igualdade substantiva (SARMENTO, 2004, p. 279). Mas, segundo Steinmetz, “A vinculação dos particulares a direitos fundamentais não teve e ainda não tem a força de uma ‘evidência constitucional’” (2003, p. 64). Cabe ressaltar que a eficácia direta e imediata não é de todo pacífica no direito brasileiro. Essa interpretação é feita, tendo em vista que os direitos fundamentais são “direitos jurídico-constitucionais” constituem normas de valor que são válidas para todo ordenamento e, “em virtude da consagração definitiva do princípio da constitucionalidade, na cultura e na prática constitucionais do segundo após-guerra, a Constituição torna-se a *fonte direta e imediata* dos direitos fundamentais” (STEINMETZ, 2003, p. 103). É a chamada força normativa da Constituição.

Silva aponta que “[...] prescrever que os direitos fundamentais têm aplicação imediata não significa que essa aplicação deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais” (2005, p. 58).

Isto significa dizer que a Constituição é fonte direta e imediata dos direitos fundamentais, os quais se apresentam como limite de ação do Estado constitucional contemporâneo. Desta forma, “[...] a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, além de ser uma imposição da constituição, é um instrumento socialmente necessário para a preservação e promoção dos direitos fundamentais ante as transformações, [...]” (STEINMETZ, 2003, p. 83), principalmente nas sociedades capitalistas contemporâneas.

Os direitos fundamentais sob essa égide objetiva assumiram um papel mais intenso no estudo comparado, especialmente na Alemanha, a partir da década de 50. Duas grandes teorias sobre o assunto foram desenvolvidas: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres de proteção. Essas teorias levaram os demais países, interessados na valoração da constituição, a fundamentar novas decisões, baseadas em direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, devido à ampliação da multifuncionalização dos direitos fundamentais exigida pelas transformações sociais ocorridas nos últimos dois séculos (STEINMETZ, 2003, p. 84).

A compreensão da Constituição como ordem de valores, no plano da filosofia constitucional, impulsionou o estudo da dimensão objetiva. Tal plano de reflexão levou rapidamente críticos a se pronunciarem no sentido da fragilidade desta compreensão, uma vez que, para se concretizar a união dessas duas concepções acima expostas (constituição e ordem de valores), faz-se necessária a informação exaustiva e coordenada de quais valores estão sendo tratados, quais são os mais importantes e como se relacionam entre si. Portanto, questiona-se de que forma é possível compreender a união da Constituição com os valores.

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instancia autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito [...]. Na medida em que um tribunal constitucional adota a teoria da ordem de valores e a toma como base de sua prática decisão, cresce o perigo de juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. (HABERMAS, 1997, p. 321-322)

A teoria da eficácia irradiante, consequência da interpretação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais possibilita o condicionamento de todo o sistema, tanto jurídico como legislativo, aos valores determinantes de tais direitos. A teoria da eficácia concede à ordem jurídica uma interpretação mais humanitária e envolvente das garantias constitucionais, a dignidade da pessoa, igualdade substantiva, justiça social. Pode-se considerar essa teoria de reflexão da dimensão objetiva como princípio hermenêutico e também como mecanismo de controle da constitucionalidade.

O ponto principal que se deve ter como entendimento é a questão de que a eficácia irradiante não se restringe aos dois efeitos acima descritos, mas uma atuação muito mais ampla e complexa. Uma interpretação que leva a uma reconstrução do próprio

modo de ver o direito, ou seja, fortalecidos pela eficácia irradiante, os direitos fundamentais tomam o lugar de eixo central no ordenamento, norteador da legislação e jurisdição. Essa eficácia irradiante “manifesta-se sobretudo em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional” (SARMENTO, 2004, p. 158)⁵.

Nesse sentido, a situação descrita leva a tratar do fenômeno atual da filtragem constitucional⁶, a qual exige que as novas leis adotadas estejam imersas numa construção de garantias constitucionais sob o prisma de proteção de valores de uma vida digna ao homem. Como já citado, no Brasil, o enfoque é dado ao grande valor axiológico da Constituição de 1988 que, assim, possibilitou a abrangência na interpretação de outros ramos do direito nesse mesmo contexto constitucional. Portanto, o encontro do direito civil à ordem constitucional dá-se nessa seara em que o ponto principal e intenso é o princípio da dignidade humana.

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão da eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. [...] A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 1991, p. 15)

No Brasil, ainda há restrições quanto ao uso reflexivo dos direitos fundamentais expressos na constituição, como a posição

⁵ Esse mesmo autor, na página 156, enfatiza que: “No caso brasileiro, este processo assume um relevo especial, em razão da riqueza axiológica da Constituição de 1988, que conferiu absoluta centralidade e primazia aos direitos fundamentais e está fortemente impregnada por valores solidarísticos, de marcada inspiração humanitária”.

⁶ Baseada sempre no princípio da dignidade da pessoa humana.

extremamente formal do STF⁷ quando considera agressão aos direitos apenas em casos restritos, quando diretos e específicos e principalmente, cuja confrontação seja nitidamente provada e alegada em primeira instância. Essa atitude do Supremo, que restringe o acesso aos direitos fundamentais dos cidadãos, acaba acarretando o descumprimento de disposição constitucional pelo próprio órgão máximo de jurisdição, que o encarrega de guardião e aplicação das garantias constitucionais.

Visto que o dever do Estado é o de não se abster da violação dos direitos fundamentais, o mesmo tem a obrigação também de proteger de forma ativa tais direitos e garantias, seja na esfera legislativa, administrativa ou judiciária, frente a lesões e ameaças advindas de terceiros (SARMENTO, 2004, p. 160). Neste sentido, a vinculação é completa e incondicionada quando advinda dos poderes públicos e quando se trata dos particulares, estes “são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade” (SARMENTO, 2004, p. 175).

Para regular a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas é necessário um modelo mais flexível que os modelos propostos normalmente pela doutrina e pela jurisprudência. Esse modelo pressupõe que, sempre que possível, os efeitos dos direitos fundamentais se farão sentir nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado. Isso significa conferir primazia à mediação que o legislador ordinário faz entre a ordem constitucional e a ordem privada. Em alguns casos, seja por omissão, seja por insuficiência legislativa, os efeitos dos direitos fundamentais somente podem ser direitos, havendo a necessidade, portanto, de uma aplicação direta dos direitos fundamentais no nível interprivados. Esse modelo pretende, portanto, romper com a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, conciliando-os na mesma construção teórica. (SILVA, 2005, p. 28)

⁷ “Ofensa a princípios constitucionais. Alegação a ser aferida a partir da interpretação de normas infraconstitucionais. Impossibilidade. A alegação de vulneração a preceito constitucional, capaz de viabilizar a instância extraordinária, há de ser direta e frontal, e não aquela que demandaria interpretação de disposições de normas ordinárias.” (AgRg. 180710, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, unânime, DJ 02.08.1996)

Assim, conforme Reis, “[...] apesar de toda a discussão a respeito da forma como se deve dar essa vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pode-se observar, no entanto, uma tendência de abandono ao longo do tempo, das posições radicais de um ou outro lado, [...]” (REIS, 2005, p. 1.510). Não existe no Brasil, atualmente, portanto, uma corrente única e excludente da inexistência de qualquer possibilidade de vinculação dos direitos particulares aos fundamentais, como ao mesmo tempo, da sujeição total dos particulares a esses direitos como se fosse poder público.

O que se busca é uma necessidade de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Com isso, não se está afirmando que, no caso concreto, é exatamente o que ocorre.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de estudado a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, comprovou-se que a constitucionalização do direito privado está se consolidando no Brasil. Entretanto, ainda sofre grandes críticas das correntes doutrinárias contrárias que ainda pensam que somente as leis infraconstitucionais lideradas pelo Código Civil brasileiro é que devem reger essas relações, aliadas ao individualismo e ao protecionismo do mais forte e do patrimônio.

No entanto, graças à Constituição de 1988, e seus direitos fundamentais, as relações privadas se tornaram mais humanizadas. Aliás, o próprio Estado passou a ser um órgão interventor e regulador dessas relações, quebrando os ideais liberais e individualistas. Não obstante, cabe referir que essa evolução ainda se encontra em construção, e que demorou muito tempo para que as relações particulares fossem protegidas pelo Estado, existindo até hoje objeções na doutrina e na própria legislação quanto a essa concretização.

Outro ponto abordado foi com relação à definição de direitos fundamentais e direitos humanos. Enquanto vários doutrinadores diferenciam esses institutos, é de suma importância entender que eles estão localizados na mesma categoria de direitos subjetivos,

porém, enquanto os direitos fundamentais pertencem a uma legislação de um Estado nacional, os direitos humanos são mais abrangentes, pois não são positivados, estão dispostos de forma costumeira em nível supranacional, ou seja, mundial, visto que foram criados no decorrer da história do ser humano. Mas, ambos almejam concretizar os mesmos direitos, porém em esferas diferentes.

É neste contexto que os direitos fundamentais começam a adentrar nas relações entre particulares através da sua irradiação e também orientados pela constitucionalização do direito privado. Assim, a dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para um teoria geral da política*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, B.S.; RUEDIGER, M.A.; SOBREIRA, R. (Orgs.). *Desenvolvimento e construção nacional: políticas públicas*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2. v.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIUZA, C.; SÁ, M. F. F.; NAVES, B. T. O. (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005. t. 5.

SANTOS, B. de S.; Rodrigues, C. Prefácio. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *Revista da Ajuris – Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 98, p. 333-367, jun. 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux [Treviso]: Fondazione Casamarca, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 1990.

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: OS DESAFIOS HUMANOS DAS PESQUISAS COM O EMPREGO DA NANOTECNOLOGIA

Wilson Engelmann

Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Unisinos (São Leopoldo/RS); Professor de Direitos Humanos neste Programa (Mestrado); Projeto de Pesquisa: “Os Direitos Humanos e o ‘fascínio da criatividade’: em busca de justificativas éticas para a regulamentação das pesquisas e dos resultados com o emprego das nanotecnologias”, vinculado à linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização” do citado PPGD; Líder do Grupo de Pesquisa *Jusnano* (CNPq/Unisinos); Professor de Metodologia da Pesquisa Jurídica em diversos Cursos de Especialização em Direito da Unisinos; Professor de Introdução ao Estudo do Direito do Curso de Graduação em Direito da Unisinos; Integrante da Comissão de Coordenação da Graduação em Direito da mencionada Universidade.
E-mail wengelmann@unisinos.br.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUEM E DO QUÊ?

A referência aos chamados direitos fundamental integra a evolução da história do ser humano, na construção da sociedade que possa efetivamente atender às suas necessidades. De fato, a discussão envolve os substratos alcançados pelos direitos naturais e direitos humanos. Embora diferentes, parece ser inegável que as normas de direitos fundamentais englobam reflexos oriundos destes dois.

Quando se traz à colação os direitos naturais, tem-se em mente um conjunto de direitos inerentes ao ser humano, mercedores de respeito por parte da sociedade, independente da existência de alguma norma positivada. Embora esta concepção possa ser criticada, o certo é que qualquer regulamentação desenvolvida no contexto social terá na sua essência a preocupação com o ser humano, fim último da sua existência. Não se trata, evidentemente, em trazer aspectos metafísicos, mas um conjunto de princípios e fundamentos práticos capazes de justificar a vida cotidiana do homem no seio do grupo social, bem como um elemento legitimador e justificador de suas decisões. Tal contexto deverá nortear as discussões acerca dos avanços com a nanotecnologia.

A noção de direitos fundamentais poderá ser considerada como a síntese dos direitos naturais e dos direitos humanos. Dito de outro modo, é a preocupação com o ser humano e a proteção dos aspectos básicos de sua sobrevivência e desenvolvimento que estão sob a responsabilidade interna de cada Estado: “quando fazemos menção aos direitos fundamentais nos referimos aos direitos constitucionais ou a direitos inerentes à pessoa reconhecidos, explícita ou implicitamente, pela Constituição” (HERNÁNDEZ, 2002, p. 112). Os direitos fundamentais tratam, portanto, de direitos inerentes ao ser humano, a saber, direitos naturais, albergados pelo texto constitucional. A saber, referem-se a um contexto aberto, pois a existência de direitos fundamentais não está necessariamente circunscrita à previsão expressa no texto da Constituição, visto que também recebem o mesmo tratamento aqueles direitos consagrados nos textos dos tratados internacionais. Isto revela uma clara inclinação de vincular as normas de direitos humanos e de direitos fundamentais, e, como consequência, também as normas de direitos naturais. Por outro lado, os direitos fundamentais carregam uma noção eminentemente flexível, na medida em que abarcam várias classes de direitos. Vale dizer que incluem todas as possibilidades de conferir uma vida digna ao ser humano¹.

¹ “O exposto indica, entre outras coisas, que se propugna uma abertura da Constituição tanto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo de suma importância os critérios jurídicos que na matéria têm sido vertidos pe-

A caracterização dos direitos fundamentais está ligada à sua inclusão, ou, ao menos, à possibilidade de buscar a proteção, segundo o texto constitucional:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de ‘*Fundamental Rights*’ colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. (CANOTILHO, 2002, p. 375)

Portanto, o caráter fundamental de determinado direito é conferido por dois aspectos: o tipo de direito que abriga – eis que se tem em vista necessidades básicas do ser humano – e a qualidade da norma protetora, a saber, em sua grande maioria, a norma constitucional². O certo é que a existência ou a possibilidade de invocar a sua matéria não depende de previsão expressa no texto constitucional, pois a sua abrangência vai muito além de sua consagração num “pedaço de papel”.

A extensão dos direitos humanos albergados pela concepção de direito fundamentais provoca alguma dúvida, dada a vastidão das possibilidades geradas em atender direitos, liberdades e garantias. Em decorrência disso, Robert Alexy alerta:

As questões acerca de quais direitos têm o indivíduo como pessoa e como cidadão de uma comunidade, de quais princí-

los organismos internacionais encarregados da proteção destes direitos, com a noção de dignidade humana, a qual, ao enfrentar-se as circunstância variáveis, é fonte de novos direitos.” (HERNÁNDEZ, 2002, p. 112-113)

² Esta visão acerca dos direitos fundamentais também é aceita por Jose Castan Tobeñas, que os chama de direitos fundamentais humanos como “os reconhecidos como tais através de um Ordenamento jurídico estimado em sua totalidade normativa”. Além disso, “os direitos humanos, com efeito, considerados, em sua significação mais própria, como elementos de um complexo jurídico, são às vezes ‘fundamentais’ quando servem de fundamento a outros mais particulares, derivados ou subordinados a eles, e ‘essenciais’ enquanto são direitos permanentes e invariáveis, inerentes ao homem, a todos os homens como tais.” (TOBEÑAS, 1992, p. 10 e 15)

pios está sujeita a legislação estatal e que exige a realização da dignidade humana, a liberdade e a igualdade, constituem grandes temas da filosofia prática e pontos polêmicos centrais das lutas políticas passadas e presentes. (1993, p. 21)

Estes são os desafios propostos ao Estado Democrático de Direito, que tem nos direitos fundamentais um de seus pilares de sustentação. O problema não está circunscrito à mera previsão teórico-abstrata dos chamados direitos fundamentais. Pelo contrário, a perspectiva da temática deverá estar centrada na sua realização concreta e efetiva na atividade cotidiana, seja do Estado, seja do indivíduo (CONSO, 1995).

Os direitos fundamentais são fruto de uma caminhada histórica³, responsável por amarrá-los – na atualidade – à ideia de democracia. Neste sentido, é viável referir que o desenvolvimento das chamadas normas de direitos fundamentais, que trazem em seu bojo os direitos naturais, ocorre a partir de três perspectivas (ANDRADE, 1987). A primeira: a perspectiva filosófica ou jusnaturalista surge como o marco histórico da construção dos direitos fundamentais, provenientes de uma ideia no pensamento dos homens, arraigada ao direito natural. Nesta perspectiva, fica sublinhado que o direito natural acaba sendo o núcleo de sustentação de qualquer ordem jurídica.

A segunda: a perspectiva universalista ou internacionalista foi surgindo durante e após a Segunda Guerra Mundial, quando a comunidade internacional sentiu a necessidade de criar mecanismos para a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos dos diversos Estados. Esta preocupação é manifestada através da assinatura de declarações, convenções e pactos, voltados à garantia de certos direitos fundamentais. Correspondem aos direitos fundamentais universais, ou aos direitos humanos propriamente ditos, pois formam “um catálogo de direitos que não se limita ao núcleo restrito dos direitos naturais, mas é diferente dos catálo-

³ Para um aprofundamento da fundamentação histórica dos direitos fundamentais, consultar MARTINEZ, 1993, p. 326-7; SARLET, 2008, p. 42-66 e CANOTILHO, 2002, p. 378-386.

gos internos de direitos dos homens e dos cidadãos” (ANDRADE, 1987, p. 22). A variação dos direitos humanos está exatamente na projeção internacional da preocupação em relação ao ser humano e na sua localização, visto que estão entre os direitos ditos naturais e os direitos fundamentais de cada Estado na sua configuração interna.

Por fim, a terceira, que se trata da perspectiva estadual ou constitucional, quando a preocupação com os direitos do homem passa para os limites territoriais de cada Estado e ganha a proteção mediante a inclusão no texto constitucional. Verifica-se que estas três perspectivas, que poderão ser equiparadas a três círculos, apresentam um caráter cada vez mais específico, eis que inicia com os direitos naturais, passando aos direitos humanos e, depois, aos direitos fundamentais. Assim, a partir do momento em que a Constituição de um Estado recolhe os chamados direitos fundamentais, estará incluindo os direitos naturais e os direitos humanos numa síntese perfeita. Entretanto, a perspectiva formal-constitucional não esgota a amplitude dos direitos fundamentais, pois eles carregam a saga histórica de lutas, sofrimentos e conquistas expressos nos direitos naturais e nos direitos humanos.

Dessa forma, a principal linha condutora das normas de direitos fundamentais encontra-se ligada à concepção de “criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana” (HESSE, 1996, p. 89). Verifica-se a necessidade de equacionar a liberdade da vida individual com a liberdade da vida em sociedade. E, vale dizer, o equilíbrio entre o individual e o coletivo. É interessante observar que indivíduo e coletividade podem ser considerados dois momentos, duas seleções de sociabilidade (CORASANITI, 1990), pois

[...] a liberdade do indivíduo somente pode dar-se numa comunidade livre; e vice-versa, esta liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na da sociedade publicamente constituída como comunidade. (HESSE, 1996, p. 90)

Há um caminho de duas vias, um individual e o outro coletivo, mas que estão orientados sob a mesma inspiração: a liberdade humana. Tais características apontam para uma singular estrutura e função dos direitos fundamentais, já que não estão voltados apenas ao individual, assegurando direitos subjetivos, mas também tem o foco voltado ao fornecimento de critérios objetivos para o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, “em seu duplo caráter mostram diferentes níveis de significação que respectivamente se condicionam, apoiam e complementam” (HESSE, 1996, p. 90).

Esse, portanto, é o marco substancial que as pesquisas e resultados com o emprego da nanotecnologia deverá observar. Trata-se de um marco significativo que não poderá ser negligenciado, sob pena de se produzir resultados geradores de perigos à sobrevivência humana sobre a Terra.

2 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Antes de ingressar na análise do princípio da precaução, torna-se interessante verificar, ainda que brevemente, alguns contornos atuais sobre os princípios propriamente ditos. Para tanto, a partir de um texto escrito por José Joaquim Gomes Canotilho, constata-se que os princípios inauguram uma dupla possibilidade, pois se encontram “entre a sabedoria e a aprendizagem” (Canotilho, 2006, p. 1). Vale dizer que eles estão para a sabedoria, a partir do momento em que trazem ao nosso encontro toda a contribuição da evolução histórica, notadamente, aquela legada pelo Direito romano. Além disso, eles também carregam a aprendizagem amalgamada ao longo da história humana no eterno ir e vir da tradição, nos avanços e retrocessos, no sofrimento e nas alegrias. É especialmente no seio da aprendizagem proveniente das experiências humanas já vivenciadas que se inscreve o princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*).

A dupla configuração dos direitos fundamentais, onde são conjugados o direito subjetivo e o direito objetivo, se expressa nes-

te princípio, que se mostra como o elemento fundante no desenvolvimento das pesquisas com a nanotecnologia. Isto implica respeito ao ser humano e sua dignidade, mas revela obrigação e cuidado dos pesquisadores e seus financiadores sobre os resultados da intervenção criativa (nano) na natureza.

O que é a nanotecnologia? Ela se refere a um conjunto de técnicas científicas que buscam manipular átomos e moléculas, respeitando a sua individualidade e potência. “*Nano* é uma medida – não um objeto; refere-se a uma escala. Um *nanômetro* (nm) equivale a um bilionésimo do metro”. Essa é a medida. Portanto,

[...] a chave para entender o poder e o potencial únicos da nanotecnologia é que, em nanoescala as propriedades dos materiais podem mudar drasticamente [...]. Só reduzindo o tamanho e sem mudar a substância, os materiais podem exibir novas propriedades tais como condutividade elétrica, elasticidade, maior resistência, cor diferente e maior reatividade – características que essas mesmas substâncias não exibem em escala micro ou macro (GRUPO ETC., 2005, p. 13-14)

Esse avanço científico foi apresentado por Richard Phillips Feynman (2006), já em dezembro de 1959, quando se referiu à possibilidade de inserir o conteúdo de 24 volumes da Enciclopédia Britânica na cabeça de um alfinete. Quer dizer, ele lançava, a partir dessa observação, as questões atinentes à manipulação e controle de coisas numa escala muito pequena. Até então, a análise ficava restrita ao microscópico. Feynman queria ultrapassar esse limite, na medida em que apresentava a possibilidade de se investigar e aproveitar as coisas projetadas em escalas não visíveis microscopicamente, referindo a existência de espaços de análise muito mais aquém dos imaginados e conhecidos até então. Tal discurso, que tinha uma forte conotação de ficção naquela época, mostra-se hoje como uma espécie de fronteira do conhecimento ou uma linha que a investigação científica está ultrapassando; constatando a existência de “espaço suficiente lá embaixo”.

Na época atual, Eric Drexler, 1º PhD em Nanotecnologia Molecular atribuído pelo Massachusetts Institute of Technology, é considerado o pai da nanotecnologia e aborda as implicações das tecnologias emergentes no uso futuro, incluindo a sua utilização para resolver grandes problemas como o aquecimento global.

Todos esses detalhes apontam para a grande capacidade humana em construir e descobrir coisas novas. De certo modo, as transformações na escala nano são projetadas com maior precisão, pois é deslocado um átomo de cada vez; já na escala atualmente empregada, são movimentados muitos átomos de uma só vez, prejudicando a estrutura dos tecidos e o próprio meio ambiente. Verificam-se possibilidades de melhoramento nas propriedades de diversos produtos utilizados pelas pessoas, sejam alimentos, pinturas, tecidos e fármacos. Na medicina, por exemplo, as perspectivas são muito boas, especialmente em medicamentos que agem diretamente sobre a célula doente ou possibilitam maior exatidão em exames. Outra alternativa é o sonhado controle sobre o envelhecimento. Mais fascinante do que isso, é a possibilidade de se monitorar as células e detectar imediatamente quando houver alguma disfunção⁴.

⁴ Uma situação dessas já foi examinada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº 70020535316, onde a Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins, em decisão monocrática, acolheu o pedido, contra o IPERGS, para a realização de exame com utilização de cápsula endoscópica. Esse procedimento, segundo entendimento do IPERGS, não estaria previsto nas suas tabelas, negando a cobertura. No corpo do acórdão, lê-se: “A Cápsula endoscópica é um novíssimo método de endoscopia digestiva que recorre a uma pequena câmera de vídeo encerrada dentro duma cápsula do tamanho dum comprimido de vitaminas para filmar o tracto intestinal ao longo do processo de digestão. Este novo método de auxílio ao diagnóstico baseado em nanotecnologia, apresenta enormes vantagens relativamente à endoscopia convencional em diversas situações clínicas, nomeadamente por chegar com facilidade ao intestino delgado e por ser não apresentar qualquer incómodo para o doente. A cápsula descartável possui um micro-CCD, uma lente, um emissor de RF e uma bateria, movendo-se com os normais movimentos peristálticos do intestino e tirando duas imagens por segundo que são emitidas para uma unidade de aquisição que o doente veste num cinto. O doente pode fazer uma vida normal durante as 8 horas de duração do exame. No fim do exame é apenas necessário a leitura da informação armazenada na unidade e a sua posterior análise.” Disponível em: <<http://>

É nesse contexto que se insere o princípio da precaução, que pode ser expresso da seguinte forma:

[...] medida de política pública a ser aplicada quando existirem riscos potenciais sérios ou irreversíveis para a saúde ou para o meio ambiente, bem como antes que tais riscos se transformem em perigos comprovados. Esta política supõe, entre outras coisas, mecanismos de pesquisa e monitoramento, a fim de que os perigos possam ser detectados com antecedência. [...] Desta forma, o Princípio de Precaução inclui um fundamento científico (não há perigo) e um fundamento político e de sentido comum (certeza razoável) (FOLADORI; INVERNIZZI, 2007).

O ser humano tem direito subjetivo, como um direito fundamental, de que esses contornos sejam considerados no desenvolvimento das tecnologias que utilizam a escala nano. Mostra-se como um aspecto objetivo, um dever, que precisa ser considerado nos avanços das pesquisas, tendente ao controle ou à minorização dos riscos. Em outras palavras, o caminho do desenvolvimento das pesquisas é ladeado pela avaliação constante dos avanços e de sua segurança. Isso imporá a necessidade, em alguns momentos, de que o caminho seja interrompido e revisado. Como uma medida de política pública, engloba a carga do direito subjetivo, à medida que as consequências sejam suportadas por cada pessoa. Daí o aspecto fundamental do princípio da precaução.

Por isso, a precaução volta-se aos riscos desconhecidos, inéditos e não planejados previamente. No tocante à nanotecnologia,

www.ieeta.pt/~jam/leet/5ano/Projectos0304/p18.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2007. “[...] a enteroscopia por cápsula visa estudar as doenças do intestino delgado impossíveis de serem avaliadas pelos métodos tradicionais. A melhor aplicação da enteroscopia por cápsula é no diagnóstico do sangramento digestivo de origem obscura. [...] Trabalhos recentes comparando a enteroscopia por cápsula com a enteroscopia tradicional e outros métodos na exploração de sangramento digestivo de etiologia obscura demonstraram resultado significativamente superior com o uso da cápsula” Disponível em: <http://www.gastroendo.com.br/gastroendo/index.php?option=com_content&task=view&id=3&Itemid=27>. Acesso em: 22 jul. 2007.

pode-se dizer que inexistente uma certeza científica relativa aos riscos. Esse contexto exige um constante monitoramento da atividade, onde precaução e prevenção se revezam na construção de mecanismos de alerta e controle no surgimento de variáveis não cogitadas inicialmente.

Marcos Catalan adverte sobre a necessidade de distinção entre a prevenção e a precaução: “[...] ambos têm por escopo tutelar preventivamente as consequências do provável e do desconhecido. [...]”. No entanto,

[...] a prevenção visa riscos conhecidos, enquanto a precaução, por sua vez, há de permear as atitudes tomadas pelos cidadãos em um mundo recheado de dúvidas, trazendo os saberes à prova, e, em mundo precavido, há de se indagar sempre se existe relativo grau de perigo nas consequências da ação a ser iniciada. (CATALAN, 2008, p. 65-66)

A incerteza parece ser um sentimento bastante significativo no mundo projetado pelas conquistas em escala nano. Nela se apresentam muitas possibilidades de avanços para melhorar a vida das pessoas. Entretanto, é necessária a precaução, por ser o desvelamento de uma força natural, com uma enorme potencialidade, e, para trabalhar com ela, se tem dúvidas sobre a capacidade do controle⁵. Há um grande potencial de risco, por ser uma investigação científica que desce a níveis nunca antes alcançados.

⁵ Sobre a distinção entre precaução e prevenção e sua aplicação prática, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento 70024173858, julgado pela Nona Câmara Cível, em 30 de julho de 2008, Relator Des. Odone Sanduê: “[...] 14. Em que pese não seja possível, nesse momento processual, determinar com precisão quais são as características da área em que foram depositados os resíduos, impende removê-los. No direito ambiental, vigora o princípio da precaução, segundo o qual as incertezas sobre a ação lesiva de determinada ação ou omissão são suficientes para exigir a adoção de medidas preventivas. Consoante esclarece a doutrina, “enquanto a repressão e a reparação cuidam do dano já causado, a prevenção e a precaução, ao revés, atêm-se a momento anterior: o do mero risco.” (MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 898). A incerteza sobre as características da área não impede, ao contrário, determina que os resíduos sejam removidos,

O princípio da precaução exige a tomada de decisões em momentos fundamentais da pesquisa, ou seja, no seu início e na identificação do estágio onde se deve parar para avaliação. Por isso,

[...] a escolha de quando se deve encerrar um experimento não é guiada por convenções arbitrárias não-rationais ou por interesses oportunistas em acumular capital simbólico. [...] Que a decisão, a certeza de um procedimento experimental, a confiança em uma peça de aparelhagem ou o comprometimento com uma estratégia de modelização não possam ser formalizados ou dispostos em um esquema de um sistema dedutivo rígido, isto não diminui a sua importância na conclusão de experimentos e na produção de conhecimento. Chegar a uma decisão é um processo coletivo de consenso para a ação, mas ele não é por isso reduzido a uma negociação oportunística. (LENOIR, 2004, p. 54)

A precaução aponta para a decisão que a pesquisa científica com o emprego da escala nano deverá fomentar. Não se poderá avançar apenas para atender aos reclamos econômicos, que são muito atraentes. É necessário avaliar, no mesmo nível de interesse, todas as prováveis situações desastrosas e de perigo para o gênero humano. Para isso, não se poderá trabalhar dentro de um processo silogístico oriundo da lógica dedutiva. A verificação deverá ser mais aberta, pois se trata de experimentação nova e desconhecida na sua integralidade. É necessária a construção de uma fórmula que integre obrigatoriamente uma premissa ética, alicerçada no direito fundamental ao respeito à precaução, aqui entendida como o cálculo, a avaliação e a projeção das consequências. O consenso provavelmente será muito difícil. No entanto, se espera, pelo menos, responsabilidade na avaliação dos efeitos positivos e negativos.

pois a mera existência de risco de agravamento dos danos já é suficiente para que providências em sentido contrário sejam adotadas. Consoante informações constantes nos autos, as raspas e restos de couro, quando industrializados, sofrem a incidência de cromo, o qual, sofrendo a atuação da chuva, pode ser liberado, infiltrando-se no solo, de modo a contaminar lençóis freáticos profundos. [...]”.

O campo que se abre com tais aspectos sublinha que as “novas tecnologias não geram discussões ligadas apenas a questões técnicas singulares, mas também a debates e disputas ligadas à legislação, questões éticas e novos interesses [...]”. Pelos contornos já examinados, verifica-se que “os significados epistemológicos e ontológicos das descobertas na área das nanotecnologias envolvem mudanças importantes nas questões ligadas a procedimentos de segurança, patenteamento e responsabilidades por eventuais impactos negativos se algo der errado” (PREMEBIDA, 2008, p. 26). É justamente neste quadro inusitado e de muitas possibilidades que se exigirá o cuidado (*Sorge*) com o ser humano e o planeta Terra. Além disso, as áreas técnicas envolvidas deverão valer-se das Ciências Humanas, dentre as quais o Direito, para fazer a ponte entre as investigações na escala nano e o destinatário final que são as pessoas⁶. Além disso, dado o desconhecimento das efetivas potencialidades, o desenvolvimento de um plano de emergência – para avaliar e agir, quando necessário – se apresenta como condição de possibilidade para o prosseguimento das pesquisas.

O princípio da precaução carrega consigo essa significação e se apresenta como um direito fundamental a partir do momento em que é colocada sob risco a manutenção da vida digna, segura e saudável do ser humano.

3 O SABER MORAL DA *PHRÓNESIS* COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Há necessidade de valorizar com sabedoria a aprendizagem legada pelos princípios. Ela (a aprendizagem) nada mais é do que dar ouvidos à caminhada humana já desenvolvida. A valorização da sabedoria na geração da aprendizagem poderá ser mediada pela

⁶ Este tema é o objeto do Grupo de Pesquisa *Jusnano*, liderado pelo autor deste texto, cadastrado junto ao CNPq, e também do projeto de pesquisa desenvolvido pelo autor junto ao Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Unisinos intitulado: Os direitos humanos e o “fascínio da criatividade”: em busca de justificativas éticas para a regulamentação das pesquisas e dos resultados com o emprego das nanotecnologias.

phrónesis aristotélica. Antes de dizer o seu significado, Aristóteles caracterizou o *phrónesis*:

Pensa-se que é característico de uma pessoa que tenha *phrónesis* ser capaz de deliberar bem acerca do que é bom e conveniente para si mesma, não em relação a um aspecto particular – por exemplo, quando se quer saber quais as espécies de coisas que concorrem para a saúde e para o vigor físico –, e sim acerca das espécies de coisas que nos levam a viver bem de um modo geral. (ARISTÓTELES, 2001, 1140a)

Evidencia-se que a *phrónesis* está vinculada ao saber ordenado para o bem humano, que é contingente e variável de acordo com as características do caso concreto. Não se trata de uma concepção individualista de bem, mas de uma contextualização projetada para a integralidade das pessoas. O exercício do princípio da precaução caminha na mesma direção. Por isso, ele poderá ser um exemplo atual do exercício do homem *phrónimos*, alguém que avalia os riscos e as consequências e depois decide.

A *phrónesis* pode ser comparada a um resumo da velha sabedoria grega dos limites, na medida em que abrange o “pensamento humano” (AUBENQUE, 2003, p. 244), destacando que o agir humano é limitado, caracterizado pelo seu ser-no-mundo. Essa noção de limite é o elemento constitutivo do princípio da precaução, especialmente no trato com os avanços científicos na escala nano.

O saber da *phrónesis* surge no contexto da ética clássica, onde os fins já estavam dados pelo cosmos, cabendo aos humanos escolher os meios para atingi-los. Aí ingressava a *phrónesis* como um saber preocupado na eleição dos meios para descobrir os fins. Na modernidade, quando o homem proclama a sua independência em relação a esse modo de concepção do mundo, a concepção da *phrónesis* apenas preocupada apenas com os meios não se justifica mais de modo satisfatório. Portanto, se propõe colocá-la tanto para a escolha dos meios como para a eleição dos fins humanamente planejados⁷.

⁷ Para aprofundar essa perspectiva, sugere-se a leitura de: ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

É justamente o saber prático da *phrónesis* que poderá ser uma alternativa para as dúvidas com relação à nanotecnologia, pois ela consiste em um “ainda buscar, ainda aconselhar-se consigo mesmo, ainda procurar descobrir como se deve fazer”. Vale dizer que ela corresponde a uma “capacidade de refletir sensatamente sobre o que é útil para a gente – a saber, útil para o próprio existir [...]. A capacidade de refletir é, neste caso, a única capacidade, porque não existe saber previamente disponível a respeito do que é bom para a própria existência” (GADAMER, 1985, p. 241). Essa é a preocupação no atual contexto: a *phrónesis* será o fio condutor das pesquisas científicas, no caso, a utilização da tecnologia em escala nano (os meios). Além disso, também dará suporte para a eleição dos fins, isto é, até onde poderão chegar as investidas nano na natureza, especialmente na mensuração dos benefícios e a avaliação dos riscos.

Não se pensa em propor respostas acabadas, posto que a contingência da vida e dos resultados com o emprego da escala nano sempre apontam para algo a descobrir, ou algo que ainda precisa ser feito. A experiência mostra-se como um modo de perceber a *phrónesis*, pois:

[...] o conhecimento do bom sempre novo nesse horizonte é, ele próprio, eminentemente histórico. [...], a capacidade de avaliar corretamente o particular e respectivo em termos de sua utilidade e de encontrar os caminhos certos cresce com a e a partir da experiência de vida. Ora, isso quer dizer: a partir de um conhecimento prévio incrementado. (GADAMER, 1985, p. 242)

O conhecimento assim caracterizado fará uso da experiência própria dos princípios, onde se juntam a tradição e a pré-com-preensão oriunda dos fatos da vida já experimentados. Esse contexto deverá valorizar-se para equacionar meios e fins na caminhada da nanotecnologia. A *phrónesis* é o elemento ético humanamente forjado a partir da vivência das pessoas. Ela será o elo que unirá suavemente o homem e as descobertas científicas projetadas pela ciência, que representa a “potência intelectual humana que se des-

prende da própria humanidade para transformar o mundo numa espécie de mera correlação entre objetos conhecidos e aqueles que conhecem os objetos” (SOUZA, 2006, p. 283). Portanto, a ciência, aqui representada pela nanotecnologia, deverá inspirar-se nos limites humanamente construídos a partir da experiência, para avaliar os benefícios e os riscos dos resultados produzidos. Sem isso, estará ingressando num caminho totalmente desfocado e perigoso, pois os humanos sempre serão os destinatários das suas descobertas e resultados, sejam positivos ou negativos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Brasília: UnB, 2001.
- AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles*. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXII, p. 1-14, 2006.
- CONSO, Giovanni. In: *I diritti fondamentali oggi*. Atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 30 novembre – 1 dicembre 1990. Pádova: Cedam, 1995.
- CORASANITI, Aldo. In: *I diritti fondamentali oggi*. Atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 30 novembre – 1 dicembre 1990. Pádova: CEDAM, 1995.
- ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FEYNMAN, Richard Phillips. *O Senhor está brincando, Sr. Feynman!:* as estranhas aventuras de um físico excêntrico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FOLADORI, Guilherme; INVERNIZZI, Noela. *Os trabalhadores da alimentação e da agricultura questionam as nanotecnologias*. Disponível em: <http://www.rel-uita.org/nanotecnologia/trabajadores_cuestionan_nano-full-por.htm>. Acesso em: 12 mar. 2009.

GADAMER, Hans-Georg. Praktisches Wissen. In: *Gesammelte Werke*. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), Band 5, 1985.

GRUPO ETC. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro: saiba sobre produtos invisíveis que já estão no nosso dia a dia e o seu impacto na alimentação e na agricultura*. Porto Alegre: L&PM, 2005.

HERNÁNDEZ, Jesús María Casal. Condiciones para a limitación o restricción de derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, v. 3, p. 107-36, 2002.

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

LENOIR, Timothy. *Instituindo a Ciência: a produção cultural das disciplinas científicas*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

PREMEBIDA, Adriano. Uma leitura das inovações bio(nano)tecnológicas a partir da sociologia da ciência. *Cadernos IHU Idéias*, Unisinos, ano 6, n. 102, 29 p., 2008.

SOUZA, Ricardo Timm de. Ética e (tecno) ciência: algumas questões fundamentais. In: MARTINS, Paulo Roberto (Org.). *Nanotecnologia, Sociedade e Meio Ambiente*. São Paulo: Xamã, 2006.

STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano. In: *Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger*. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1979.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOBEÑAS, Jose Castan. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus, 1992.

VIAGEM FANTÁSTICA: uma aventura em inacreditáveis proporções. Direção: Michael Danks. Narração: Eric Meyers. [s.l.]: Brighton Films/ Electric Sky/Canopus/Skaramoosh, [s.d.]. 1 DVD.

O MUNDO DOS DIREITOS: ENTRE RAWLS, MILL E DWORKIN

Roberto Bueno

Metre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

E-mail: rbueno_@hotmail.com.

1 OS DIREITOS NO MARCO DO DIÁLOGO ENTRE RAWLS E MILL

A obra de Rawls sobre a justiça adota, como um de seus pontos de partida, a declarada necessidade de contrapor-se a uma até então incontestemente triunfante teoria utilitária da justiça no mundo de fala inglesa. Dela, creio ser possível dizer tratar-se menos de uma teoria em sentido estrito do que de um critério de justiça, cujo utilitarismo expressa um conjunto determinado e restrito de ideias para aplicá-lo a questões envolvendo justiça¹, antes do que uma teoria da justiça em si mesma.

¹ Quanto ao entendimento de que o critério utilitário possa apresentar insuficiências, até mesmo graves, na verdade, Mill responde a objeções que possam ter esta ideia como pano de fundo. Sua argumentação, no entanto, é pouco consistente. Sustenta que, frente à complexidade dos assuntos humanos, não existem normas que possam ser ajustadas de sorte a não permitirem exceções, ou seja, já não há quase nenhum tipo de ação que possa ser solidamente qualificada como obrigatória ou que, em qualquer circunstância, se apresente como condenável (cf. MILL, 1976). De qualquer sorte, é interessante sublinhar que Mill reconhece que um dos principais óbices à aceitação do utilitarismo é o produto cultural desenvolvido como consequência de suas reflexões sobre a justiça, enfim, do “que se cria a partir da ideia de justiça”. (MILL, 1976, p. 67)

Mas se, por um lado, a obra de Rawls é concebida como oposição ao utilitarismo e às fontes teóricas que o inspiraram, no pensamento de Stuart Mill, por outro lado, parece-me razoavelmente clara a influência exercida em Rawls. Não se trata apenas e tão somente da óbvia carga de toda sua tradição liberal, de resto influente em toda a cultura ocidental, mas também aquela de sua segunda fase, bem caracterizada por Berlin como sendo um “humanitário-socialista” (BERLIN, 1981, p. 64). Os argumentos millianos, como se sabe, inquestionavelmente, abriram caminho para que fossem postos os mais sólidos alicerces da tradição liberal, e este aspecto predominante é algo que tem de ser levado em consideração quando o colocamos em perspectiva com Rawls e contraponhamos seu pensamento utilitário à sua produção liberal. Embora não se encontre exatamente em algo que denominaria de corrente subterrânea, o diálogo Mill-Rawls não parece ter sido devidamente sopesado até o momento como deveria, dado que lhe serve como fonte direta em vários momentos e, ainda, em muitas oportunidades, o harvardiano recebe vários argumentos, dentre os quais, um dos pontos de arranque da filosofia política de Mill, a saber, o liberalismo.

Vale ainda lembrar que, no contexto de sua filosofia, Mill maneja uma série de conceitos e categorias que, muito embora não pretenda esgotá-las aqui, sua aportação é extremamente útil para enquadrar temas tão viscerais como o mérito, a imparcialidade e parcialidade, a mitigação da pobreza, a educação e a liberdade, além da igualdade. Sem embargo, é possível adiantar que um dos pontos sobressalientes em seu pensamento não foi o apoio em teorias contratualistas. A este respeito, o britânico refere-se, ironicamente, a uma certa nova “invenção”, que seria um “suposto contrato através do qual, em período todavia desconhecido, todos os membros da sociedade se teriam comprometido a obedecer às leis e a aceitar o castigo por qualquer desobediências a elas” (MILL, 1976, p. 86).

Mill apresenta-se como um dos precursores do utilitarismo e uma poderosa voz em doutrina moral e política, cujos reflexos no direito se fazem sentir. Sua teoria utilitária recebe abertamente a teoria de seu antecessor e compatriota, amigo de seu pai, o filósofo James Mill. Jeremy Bentham é seu antecedente utilitário próximo,

assim como Sidgwick e, mais remotamente, já entre os gregos, remete a Epicuro (MILL, 1976, p. 17), muito embora, em meio a estas remissões, possamos deparar com algumas referências utilitárias em Helvetius, segundo indica Berlin (1996). Não muito diferentemente deste, para Mill, o princípio da utilidade tem em vista o chamado princípio da maior felicidade, isto é, evitar a dor e promover o bem-estar. Ligeiramente reformulado, o princípio da utilidade não consagra o critério da maior felicidade do próprio agente, mas “o da maior soma de felicidade geral” (MILL, 1976, p. 24), enfim, que a doutrina utilitária estabelece que a única coisa desejável como fim é realmente a felicidade e, todas as demais, apenas como meios (MILL, 1976).

Em sua relação com a justiça e o utilitarismo, Mill deixa claro que deve prevalecer a conveniência social antes do que a justiça individual ou, se for o caso, a de pequenos grupos, ou até mesmo coletividades. Enfim, como admite o autor, todas as pessoas têm direito à igualdade de tratamento, mas, por outro lado, põem sérias limitações a este direito, posto que atribuem especial lugar a uma “reconhecida conveniência social [que] exija o contrário” (MILL, 1976, p. 95). Efetivamente, não se trata de um simples limite que possa ser relegado a segundo plano, tamanha é a brecha que se abre ao poder arbitrário de delimitar aquilo que, conforme as circunstâncias que se apresentem, consista em uma “reconhecida conveniência social”. Bastaria tal juízo de valor sobre determinadas circunstâncias, para legitimar a limitação dos direitos iguais que, se supõe, conformam um núcleo de direitos intocáveis daqueles que alicerçam o Estado liberal e democrático de direito.

Muito embora abra a referida brecha, Mill externa sua preocupação com a tirania da maioria, um dos males contra os quais se exige que a sociedade esteja em contínua guarda (MILL, 1991) quer o faça através da representação política ou, mesmo, diretamente, fazendo que as instâncias e instituições sintam o pulsar da opinião pública. Não resta qualquer dúvida sobre o impacto desta argumentação sobre a defesa das liberdades. Não obstante, resta saber quais limites poderiam ser admitidos por Mill para combater os perigos da tirania em razão de cálculos utilitários, sem que isto

implicasse danos incomensuráveis às liberdades. O filósofo é claro a respeito de que não apenas há que insurgir-se contra os abusos dos governantes às liberdades. Tal e como retrotrai e sublinha que todos os próceres do pensamento político que ressaltaram a importância da liberdade religiosa apoiaram a liberdade de consciência, formato fundamental da liberdade religiosa, a mãe de todas as liberdades tuteladas pelo constitucionalismo pós-revolucionário norte-americano. Este é um precedente teórico sobre o reconhecimento do papel fundamental que tal liberdade exerce no concerto sociopolítico das democracias ocidentais. Vai além, procede a uma defesa liberal do valor da liberdade de expressão², tese que o liga intrinsecamente ao valor, e também prioridade, que Rawls atribui às liberdades.

2 DWORKIN, OS DIREITOS E O UTILITARISMO

Um dos possíveis nexos do utilitarismo com o conceito de justiça foi ressaltado muito didaticamente por Dworkin e alvo de sua crítica. O jusfilósofo norte-americano cita dois casos paradigmáticos, os quais retomo. O primeiro deles diz respeito à situação em que um determinado número de indivíduos de uma comunidade propugna e difunde teorias políticas de cunho racista – e todas as consequências e graus de exclusão (letais ou não) que ela implica – e não exatamente utilitarista. A partir dessa suposição, Dworkin sugere que o cálculo utilitário poderá englobar critérios que privilegiem a maximização daqueles que, neste contexto, possam ser entendidos como “aqueles que importam”, a saber, os brancos, e não os negros e seus sofrimentos, que “valem menos”, quando considerados aos grupos de indivíduos brancos (DWORKIN, 1989). Desde

² Uma das grandes chaves para a defesa dessa liberdade por parte da teoria liberal, e argumento já apresentado por um de seus fundadores modernos, Mill, consiste em que necessitamos daquilo que Rawls e Habermas conceberiam como espaço público para o exercício da razão. Nele, há a possibilidade de exercer a liberdade de opinião e, como dizia Mill, aproximar-nos à maior certificação possível através da comparação e com o diálogo com outras pessoas. Este método da prova e do erro permite que nos aproximemos de uma posição melhor fundamentada acerca das certezas que expressamos. (MILL, 1991)

logo, cabe esclarecer, trata-se de “caso-padrão”, e não de uma tese defendida pelo autor.

O segundo caso aduzido por Dworkin diz respeito a que muitos membros de uma comunidade podem francamente desaprovar: o homossexualismo, o uso de anticoncepcionais, bem como a pornografia e expressões de manifestação de adesão ao partido comunista. Sua concepção moral e política é proclive, não apenas em relação ao direito de defender seus valores como, muito mais além, apregoa a proibição a quaisquer outras pessoas que defendam tal conjunto de valores. Disposições políticas e morais que desejem, por exemplo, limitar direitos de expressão e interesses sexuais, apenas poderão fazê-lo em uma tipologia de instituições políticas estatais que Rawls acertadamente denomina de autoritárias. Quando tomamos o Mill de *On Liberty*, percebemos sua preocupação acerca do poderio com que possa dar-se a inflexão da vontade da maioria sobre a minoria, é notório o quanto ele se ocupa do questionamento sobre qual seria o limite preciso para a intervenção da opinião coletiva na esfera da independência individual para livremente manifestar-se (MILL, 1991).

Quando se tem em conta apenas essas preferências de grupos majoritários para restringir outras tantas opções morais e políticas possíveis, nos deparamos com um cálculo de felicidade e/ou bem-estar majoritário que, ao impor restrições a grupos minoritários, o faz alicerçado em uma ética e uma filosofia política distanciadas dos pressupostos liberais e de respeito à dignidade do ser humano. Esta última é, senão a mais importante, então, ao menos, uma das dimensões centrais em que se encontra precisamente a liberdade de escolha de cada um, no que concerne às suas crenças e, por conseguinte, das formas de transformar a teoria em realidade, a abstração ideal na concretude empírica.

Estes argumentos permitem Dworkin concluir que, quando se lança mão de “argumentos políticos utilitários para justificar restrições à liberdade, se deve ter cuidado de assegurar que os cálculos utilitários sobre os quais se baseia o argumento apenas atendem a preferências pessoais e ignorem as externas” (1989, p. 393). Segundo o autor, isto demonstra que os argumentos apresentados

na famosa *On Liberty* de Mill não são opostos ao utilitarismo, mas, antes, depõe a favor da única forma possível de defender seus princípios (DWORKIN, 1989). Expressamente, Mill refere-se ao único motivo que justifica a intervenção na liberdade individual ou coletiva, que é a sua própria proteção (MILL, 1991). No entanto, novamente, há dois problemas, a saber, qual o limite e qual o juiz último acerca da propriedade/conveniência dessa intervenção?

Aceitando a tese de Dworkin, podemos dar por certa a congruência de Mill com o restante de sua obra, uma vez que, ao abri-la, diz que procuraria abordar os limites do poder que a sociedade pode exercer legitimamente sobre o indivíduo (MILL, 1991)³. Alertou que isto era algo que haveria de ter muito cuidado, pois, como antecipava tal exercício de poder, representa um perigo para as sociedades atuais, algo evidenciado por sua crescente inclinação a fazer sobrepor os seus poderes sobre as liberdades individuais (MILL, 1991). Caso não aceitemos a tese de Dworkin, podemos colocar em dúvida se realmente os princípios morais e de justiça inerentes ao utilitarismo de Mill são congruentes com este declarado propósito anunciado na abertura de sua mais difundida obra.

Colocar um ponto de partida comum entre as filosofias políticas de Mill e Rawls não parece ser tão complexo quanto, isso sim, encontrar o melhor ângulo. Creio que um trecho bastante elucidativo é aquele em que Mill faz referência ao sofrimento humano. Diz ele que

Todas as grandes fontes do sofrimento humano são em grande parte, e muitas delas quase inteiramente, subjuguáveis pelo cuidado e esforço dos homens; e muito embora a sua eliminação seja desconsoladoramente lenta – uma longa sucessão de gerações perecerá na brecha antes que se complete a conquista e se converta este mundo no que facilmente poderá vir a ser se não faltarem a vontade e o conhecimento –, mesmo assim toda a mente esclarecida e generosa o bastante para contribuir para o empreendimento com o seu esforço, por

³ Direta e muito interessante referência a este respeito, é a obra de Williams (2005).

pequeno e insignificante que seja, tirará da própria luta uma nobre satisfação [...]. (MILL, 1976, p. 29-30)

A cruzada rawlsiana em torno à construção de uma teoria da justiça parece encontrar antecedente na filosofia política e moral de Mill na medida em que este supõe – embora o faça desde uma perspectiva de um iluminismo que, hoje, sabemos *naïve* – que podemos construir melhores condições de vida. Se Mill referia-se ao combate à pobreza para falar da amenização do sofrimento humano, em que pese lento, esta preocupação não difere em demasia de Rawls quando externa profunda preocupação com a elaboração de sua lista de bens primários. Dentre estes, elenca as liberdades, das quais os homens necessitam em seu conjunto para frutiferamente poderem dedicar-se à busca de bens e da execução de seus múltiplos e diversos planos de vida. Esta listagem expressa uma preocupação com a insuficiência de critérios, como o utilitário que não protege as liberdades individuais, mas que, como vimos, tão somente realizam cálculos do maior benefício ao maior número. A opção teórica rawlsiana conecta-se com a teoria enunciada por Dworkin quando diz que se efetivamente queremos proteger as liberdades, então, necessitamos de algum critério que transcenda o mero utilitarismo (DWORKIN, 1989)⁴.

A busca pela mitigação da miséria suporá, antes, o perecimento de gerações inteiras. Contudo, a perspectiva imediata e pouco animadora não desestimula a retórica milliana. Essa orientação, a ponto de uni-lo à posterior filosofia rawlsiana, resulta bastante próxima, senão quanto ao método – que o primeiro propugnava fosse utilitário-liberal – ao menos no que concerne à que Mill adstringe-se aos preceitos de um liberalismo moderado. Esta é uma ideia

⁴ A este respeito, Dworkin aprofunda sua explicação referindo-se à sua não concordância com que os benefícios sociais possam justificar a restrição de direitos individuais. Podemos dizer, através de sua sustentação, que: “quando os indivíduos sofrem invasão em seus direitos tradicionais, tem lugar um dano especial. Segundo este argumento, na liberdade de falar de questões políticas há algo tão peculiar que, ao negar-se essa liberdade ao indivíduo, ele sofre um dano especial, em virtude de que, ao ser infligido, tal dano não é aceitável, mesmo quando toda a comunidade seja beneficiada”. (DWORKIN, 1989, p. 387)

que pode ser traduzida, se preferirmos, para uma social democracia de mercado regulado que, isto sim, é certo, aproxima-se claramente quanto aos objetivos dos quais têm por meta alcançar.

Quanto à teoria da justiça, é possível observar que, dentro do oceano de divergências, um possível elo com o utilitarismo tem um de seus referenciais teóricos no entendimento de Mill de que uma ação é realmente justa “na medida em que tende a promover a felicidade, e injusta enquanto tende a produzir o contrário da felicidade” (1976, p. 18). Como diz Dworkin, os argumentos utilitaristas concentram-se no fato de que uma determinada restrição de liberdade(s) fará mais pessoas felizes, ou satisfará mais preferências de um maior número de pessoas (DWORKIN, 1989). Neste trecho, encontramos uma boa referência para proceder à análise sobre o que o utilitarismo entende como critério para discernir o justo do injusto. Desde logo, nada mais distante do utilitarismo do que os postulados kantianos defendidos por Rawls, como teremos oportunidade de ver mais adiante.

Neste sentido, embora não o faça explicitamente, Mill reconhece não ter lugar dentro do utilitarismo qualquer versão do altruísmo. Em suas palavras, “a única renúncia que aplaude é a devoção à felicidade, ou a alguns dos meios para conseguir a felicidade de outrem” (MILL, 1976, p. 31), quer este outro seja um grupo ou a humanidade em seu conjunto. Isto sim, o que faz sentido para o utilitarismo é toda e qualquer conduta que diminua o proveito pessoal sempre e quando esta redunde em proveito coletivo. Curiosamente, este critério político, elaborado por um pensador que está à raiz do pensamento liberal clássico, encontrou abusiva aplicação precisamente nos mais cruentos regimes autoritários de que se têm notícia, nomeadamente, os totalitarismos, tanto em seu verniz fascista, nacional-socialista, como puramente socialista.

3 UMA LEITURA UTILITÁRIA DOS DIREITOS

Uma das questões centrais que afetam o pensamento utilitário é o mencionado problema atinente à mensurabilidade no que concerne ao desfrute de bens. O problema da comparabilidade se

põe na medida em que questionamos como seria possível mensurar o bem-estar eventualmente causado, enfim, como seria possível mensurar quão positivo e proveitoso seria o impacto de determinadas políticas para cada um dos indivíduos ou grupo deles relativamente às ações e políticas governamentais. Há uma pergunta conexa a isto: passa a ser como o reconhecimento dessas ações e políticas a produção de efeitos benéficos ao maior número? Igualmente importante, tanto para os utilitaristas, quanto para os seus críticos, é a análise da possível comparabilidade entre bens concorrentes. A questão central aqui é se realmente é possível determinar um critério de comparabilidade entre os diferentes seres e suas diferentes expectativas relativas aos bens e serviços de que possam desfrutar, seja por disponibilidade por parte do Estado, seja através de iniciativa privada.

Estes são problemas aos quais Mill não oferece uma resposta direta, mas sim, apenas indireta. Notadamente o faz quando comenta que “é perfeitamente compatível com o princípio de utilidade o reconhecimento do facto de que algumas *classes* de prazer são mais desejáveis e mais valiosas do que outras” (MILL, 1976, p. 20). Eis aqui que emerge uma resposta positiva sobre a supremacia de algumas espécies de bens e perspectivas de vida sobre outras, algo que facilmente podemos perceber que contraria as leituras modernas da teoria liberal, eminentemente relativista. O problema retorna à questão da comparabilidade, isto é, como saber quais prazeres são mais desejáveis e/ou valiosos que outros? Qual ou quais o(s) parâmetros e/ou paradigmas?

A argumentação de Mill para a construção de diferenciais quanto à qualidade (e possível superioridade de certas modalidades) do prazer e, portanto, para a edificação de uma escala de prazeres superiores a outros, é a todos luzes, insuficiente resposta às complexas demandas e aspirações de uma sociedade plural e, não raro, até mesmo multicultural, onde as perspectivas, pontos de vista e planos de vida assumem diferentes e, muitas vezes, contrastadas vias. Segundo Mill, o homem que se apresente “dotado de faculdades mais elevadas necessita mais para se sentir feliz, [ele] é provavelmente mais susceptível de um sofrimento mais agudo [...]”

(MILL, 1976, p. 21). Esta afirmação de Mill deixa transparecer partir de pressupostos que divergem fundamentalmente de um liberalismo bem entendido que, a rigor, contribuiu com boas e sólidas bases para o desenvolvimento.

Ao propor que temos em sociedade um indivíduo real, detentor e articulador de faculdades morais e racionais mais elevadas e superiores, em certo sentido, através delas são vistas necessidades a satisfazer, algumas como um fim em si mesmas (liberdade, dignidade) e que o são mais dificilmente, isto remete à existência de um parâmetro moral de excelência fixo e incontroverso. Este tipo de argumento é percebido por Parekh, que identifica suas origens nos filósofos gregos, tanto quanto nos cristãos, já a partir da baixa Idade Média e identificáveis na filosofia agostiniana. Porém, não poderia derivar outra coisa senão que o liberalismo, nas mãos de Mill, se tornara avesso ao minimalismo e propenso a “cimentar uma visão essencialista da boa vida” (PAREKH, 2005, p. 72). Mas não é apenas nisto que reside um grau expressivo de incongruência do utilitarismo milliano com o liberalismo.

Outro desses aspectos reveladores da incongruência do utilitarismo milliano com a tradição liberal diz respeito a sua teoria antropológica projetada sobre a sociedade, que resulta em que não apenas podemos, como devemos educar os cidadãos para “incutir na mente de cada indivíduo uma associação indissolúvel entre a sua própria felicidade e o bem de todos” (MILL, 1976, p. 32). Muito embora distancie consideravelmente dos preceitos autoritários concedidos ao Estado por Platão, isto tudo, deveras, é incompatível com uma teoria liberal ou liberal-democrática aplicada à moral e que se apresenta congruente com seus pressupostos, na medida em que em uma sociedade democrática em que vige o Estado democrático de direito não poder dar-se por suposta a restrição à livre educação e desenvolvimento das personalidades, senão todo o contrário. À função das diretivas organizacionais estatais cabe, isto sim, a apresentação, o mais clara e imparcialmente possível quanto resulte ao ente político – público e representativo, tanto de interesses quanto de culturas –, para propiciar fecunda ambiência pedagógica aos educandos.

Esta proposta não é milliana, mas contempla em “incutir” valores. Destarte, ela se mostra incompatível, não apenas com uma teoria moral plural, mas também com o cerne da concepção ética que subjaz à teoria da justiça rawlsiana, conforme veremos a seguir. Não obstante, Mill é coerente em sua concepção de que existe uma ideia de que o bem e o bom podem ser definidos de modo assertivo e definitivo e que, enfim, a excelência humana tem um conteúdo específico que pode e deve ser perseguido, sendo evidenciado e traduzido nas políticas públicas.

A análise alinhavada no parágrafo anterior contempla uma perspectiva axiológica que se apresenta de modo invertido na leitura liberal que perpassa a teoria da justiça rawlsiana, pois, segundo ela, os diversos planos de vida são igualmente valiosos e o conceito político de justiça deles derivados implica a superação desses conflitos. Daí, portanto, a adoção de um conceito sobreposto das diversas doutrinas compreensivas (políticas, religiosas e morais).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, podemos dizer que os argumentos apresentados acima constituem um aspecto contraditório com um dos eixos da filosofia liberal de Mill, a saber, sua afeição à diversidade. A importância concedida a este entendimento era tanta, que lhe reputava como idônea para fomentar o progresso. Enfim, uma boa síntese entre os comentaristas modernos encontra-se nas linhas de Parekh. Segundo o autor, Mill “fez uma defesa da diversidade muito mais apaixonada que a maior parte de seus predecessores e imprimiu ao liberalismo uma nova orientação” (2005, p. 75), cuja postura favorável frente à diversidade era de tal envergadura, que lhe atribuía o caráter gerador de “progresso porque criava um clima conducente ao surgimento de mentes excepcionais e originais” (PAREKH, 2005, p. 73). Outros liberais, ao menos em matéria moral, quando não mesmo econômica, reconhecem que a pluralidade cria ambiência culturalmente rica e, daí, proclive à solução de problemas crescentemente complexos.

Em boa parte, os argumentos apresentados por Mill consistem em afirmar que há homens dotados de baixa capacidade de fruição e outros que encontram-se no extremo oposto no que concerne à tal capacidade (1976, p. 22). Deparamos-nos com a situação de que uma teoria da justiça compatível com um argumento deste gênero não terá de preocupar-se muito com os homens dotados de baixa capacidade de fruição, suas menores exigências os fazem ser preteridos e colocados relativamente em segundo plano em relação às maiores demandas de outros indivíduos, dada a maior dificuldade em atender-lhes os altos e caros reclamos mediante os quais podem dar-se por satisfeitos. Neste ponto, não cabe dúvida de que se distancia notavelmente dos princípios adotados por Rawls. Precisamente, o inverso é o caminho percorrido pela teoria da justiça do filósofo de Harvard, expressa no princípio da diferença (*difference principle*), que nega e opõe-se à desigualdade extrema e, ainda, preocupa-se em atender os menos favorecidos em um sistema político concreto derivado da aplicação dos dois princípios da justiça.

Excetuando as disputas pontuais de Rawls em torno ao liberalismo de Mill, há, indubitavelmente, uma aproximação direta com o liberalismo clássico defendido pelo britânico, cuja filosofia moral política apoia alguns dos mais caros valores filiados ao Iluminismo. É bastante clara a ligação de Rawls com o Iluminismo, quando não fora por sua evidente conexão com a filosofia kantiana, personagem de proa da *Aufklärung* alemã. Rawls é um herdeiro direto do Iluminismo, não só através da filiação kantiana, mas também da sua concepção de autonomia pessoal para decidir sobre opiniões, valores e os rumos da própria vida.

Rawls também é próximo a Rousseau, assim como a ideias tomadas por empréstimo a Humboldt, dentre as quais, a de que é absolutamente importante para os homens dedicarem-se ao desenvolvimento da diversidade que, como argumentam todos quantos se veem no multiculturalismo, uma vantagem que possibilita a riqueza cultural a partir da multiplicidade de pontos de vista para solucionar problemas que, do ponto de vista de uma mesma tradição cultural, podem parecer de difícil abordagem.

Aparte o diálogo entre Mill e Rawls, parece igualmente proveitoso abrir um paralelo entre ambos e Locke, dado que representam duas das principais fontes de Rawls dentre essas, a de Locke. Ambos os filósofos colocaram mais sólidos alicerces naquela que viria a ser a tradição inspiradora de Rawls, a saber, o liberalismo clássico, muito embora existam trabalhos que procuram encontrar em Mill um pronunciado veio social ou, para ser mais incisivo, até mesmo, socializante (PAVÓN, 1975).

Apesar das referências do parágrafo anterior, é certo dizer que, entre Locke e Mill, residem pronunciadas diferenças, bastante bem sintetizadas por Parekh. Segundo o autor, “Locke era um teórico do direito natural, Mill, um utilitarista qualificado” (PAREKH, 2005, p. 71) e que “o liberalismo de Locke era, em grande medida, deontológico, e o de Mill, teleológico. Já o de Locke tinha uma base religiosa e era uma forma de cristianismo secularizada”, enquanto que o de “Mill era secular e pretendia oferecer uma alternativa secular ao cristianismo” (PAREKH, 2005, p. 71). A conexão dessa ética deontológica é clara com Rawls, cuja filosofia também se caracteriza pela presença desse elemento deontológico (BITTAR, 2004), cuja maior característica, diz o autor, em certa medida influenciado por Guisán, é de que sua deontologia sublinha o papel dos deveres das instituições no sentido de assegurar os direitos dos cidadãos (GUISÁN, 1995, p. 254, *apud* BITTAR, 2004, p. 380).

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. Meu caminho intelectual. In: HARDY, Henry (Org.). *A força das idéias*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. *La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

_____. *Estudios sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *O sentido da realidade: estudos das idéias e de sua história*. Henry Hardy (Ed.). Renato Aguiar (Trad.) Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

_____. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1996.

BERLIN, Isaiah. *Contra la corriente. Ensayos sobre la historia de las ideas*. Edición conmemorativa – 70 años. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

_____. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: UnB, 1981.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teorias sobre a justiça*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000.

_____. *Curso de ética jurídica. Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. Entrevista concedida a Octávio Luiz Motta Ferraz. *Novos Estudos*. Cebrap, n. 77, p. 233-240, mar. 2007.

_____. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

GUISÁN, Esperanza. *Introducción a la ética*. Madrid: Cátedra, 1995.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1991.

_____. *Utilitarismo*. Coimbra: Atlântida, 1976.

PAREKH, Bhikhu. La teoría de la justicia de Rawls. *Revista de Occidente*, n. 35, p. 7-22, abr. 1995.

_____. *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*. Madrid: Istmo, 2005.

PAVÓN, Dalmacio Negro. *Liberalismo y socialismo. La encrucijada intelectual de Stuart Mill*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

RAWLS, John. A teoria da justiça como equidade. In: _____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. A idéia de um consenso por justaposição. In: : _____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 406p.

_____. A prioridade do justo e as concepções do bem. (1988). In: : _____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 406p.

_____. O campo do político e o consenso por justaposição (1989). In: _____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 406p.

_____. *El liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 359p.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993a. 654p.

_____. *Some Reasons for the Maximin Criterion*. *American Economic Review*, 1974a, 64, 2, Paper & Proc., p. 141-146.

_____. *Reply to Alexander and Musgrave*. *Quarterly Journal of Economics*. Vol. LXXXVIII, n. 4, nov., 1974b, p. 633-655.

_____. *Reply to Alexander and Musgrave*. *Quarterly Journal of Economics*. Vol. LXXXVIII, n. 4, nov., 1974c.

_____. *The Theory of Justice*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1971.

SEN, Amartya. ¿Igualdad de qué? In: McMURRIN, Sterling M. (Ed.). *Libertad, Igualdad y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1988. 191p.

_____. *Elección colectiva y bienestar social*. Madrid: Alianza, 1976. 264p.

_____. *Collective Choice and Social Welfare*. San Francisco: Holden-Day, 1970.

A EPISTEMOLOGIA DO DIREITO COMO DILEMA DA EDUCAÇÃO JURÍDICA

Macell Cunha Leitão

Acadêmico do Curso de Direito na Universidade Estadual do Piauí (Uespi). Integrante do Núcleo de Pesquisa em Educação e Ciências Sociais (Nupecso-Uespi). Orientando de Iniciação Científica Pibic/CNPq/Uespi.
E-mail: macellbr@hotmail.com.

Lucas Vieira Barros de Andrade

Acadêmico do Curso de Direito na Universidade Estadual do Piauí (Uespi). Integrante do Núcleo de Pesquisa em Educação e Ciências Sociais (Nupecso-Uespi). Orientando de Iniciação Científica Pibic/CNPq/Uespi. Membro do Corpo de Assessoria Jurídica Estudantil (Coraje), projeto de extensão da mesma IES. E-mail: andrad_lucas@hotmail.com.

José da Cruz Bispo de Miranda

Professor da Universidade Estadual do Piauí. Orientador do Núcleo de Pesquisa em Educação e Ciências Sociais (Nupecso-Uespi).
E-mail: bispom@bol.com.br.

*“Quem ocupa o trono tem culpa,
Quem oculta o crime também,
Quem duvida da vida tem culpa
Quem evita a dúvida também tem.”*

Somos quem podemos ser
Humberto Gessinger

1 PARTINDO DE LUGARES (BEM) COMUNS

Diante do desafio de construir o projeto de pesquisa “Educação Jurídica na contemporaneidade: dilemas e perspectivas” percebemos a necessidade de refletir sobre os paradigmas epistemológicos da ciência do direito para entender a relação dialética existente entre estes e o ensino jurídico.

Inicialmente, é interessante situar que a nossa motivação para o estudo da epistemologia do Direito surge não só a partir das leituras no nosso núcleo de pesquisa, mas, principalmente das nossas próprias vivências enquanto estudantes de Direito. Portanto, buscaremos relacionar as nossas experiências com referenciais teóricos que nos possibilitem um melhor entendimento sobre o modelo de ciência jurídica.

A análise dos “principais” livros de Introdução ao Direito¹ retrata as limitações impostas por um (des)preparo epistemológico na formação da (pré)compreensão dos acadêmicos de direito a medida que identifica Direito e lei, ou melhor, não se trata de um identificação literal (como “Direito é lei”), mas do estabelecimento de limitações simbólicas que impõem obstáculos na construção de verdades jurídicas além da norma vigente.

Ao tempo em que direito e lei são tidos com algo uno, ocorre um distanciamento entre as questões (ditas) jurídicas e as questões políticas, éticas e sociais; entre as disciplinas propedêuticas e dogmáticas. A superação dessa compreensão representa uma condição de possibilidade para uma reestruturação da teoria das fontes, a partir da utilização efetiva dos conhecimentos zetéticos² em todos

¹ “Enquanto a Ciência do Direito se limita a descrever e sistematizar o Direito vigente, a Filosofia do Direito transcende o plano meramente normativo, para questionar o critério de justiça adotado nas normas jurídicas.” (NADER, 2001, p. 11)

² “O campo das investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo. Zetética são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito das suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico”. (FERRAZ JÚNIOR, 2003)

os âmbitos da prática jurídica (inclusive, a docente), contextualizados com uma perspectiva transversal do (modo de construção do) conhecimento.

A origem dessa compreensão sobre as bases da ciência jurídica está intimamente relacionada ao positivismo kelseniano. Kelsen propunha uma epistemologia jurídica capaz de superar o então hegemônico jusnaturalismo que coloca a justiça como pressuposto metafísico de validade de toda a ordem jurídica. Para Kelsen isso dava ao Direito um caráter ideológico prejudicial à segurança jurídica necessária ao Direito. Assim, construiu a Teoria Pura do Direito, na qual uma norma hipotética fundamental validaria todo o ordenamento jurídico, ou seja, uma norma como fundamento de outra norma capaz de escamotear valores suprapositivos ou mesmo a interdisciplinaridade.

Dessa forma, Kelsen dá bases para a construção de um recurso retórico produtor de um deslocamento conceitual que busca efetivar valores de neutralidade, objetividade e certeza na atividade jurídica. Tais valores ao se intitularem “a-ideológicos” legitimam uma ideologia³ em que a construção do conhecimento é monopólio de determinados atores sociais, obstaculizando a possibilidade de um pluralismo jurídico e de toda a potencialidade de emancipação social advindo deste.

Analizando o jogo estratégico desse discurso [de objetivação] comprovamos o esvaziamento do seu núcleo conceitual, o qual passa a ser um mero significante em um contexto fragmentado de conotações disfarçadas por um controle lógico descontrolado. Quando a vigilância lógico-conceitual é invocada em nome de uma ordem de relações políticas, produz um exorcismo semiológico *que impede a detecção dos efeitos políticos de um discurso*. (WARAT, 2004, p. 28-29) (Grifo nosso)

³ Entende-se ideologia, aqui, no sentido um “corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador”, formados sistematicamente no sentido de criar discursos que legitimem a ordem dominante, que dissimula e oculta os vícios e defeitos sociais, sobretudo as desigualdades produzidas pela ordem estabelecida. A ideologia, assim, transforma “as idéias particulares da classe dominante em idéias universais, válidas igualmente para toda a sociedade” (CHAUÍ, 2001, p. 43).

É inegável o papel histórico das ideias positivistas enquanto modelo de superação do jusnaturalismo. Entretanto, a neutralidade pretendida por Kelsen de fundamento iluminista não condiz com as perspectivas advindas do giro-linguístico-ontológico⁴ do século XX, além de exacerbar o caráter acrítico da atividade jurídica, pois, à medida que os “operadores do direito” buscam a neutralidade no tratamento com a norma, mesmo não considerando neutras as leis, imersos no “senso comum teórico dos juristas”⁵, agem como se assim as fossem. Vários exemplos podem ser elencados para exemplificar a fetichização do discurso jurídico: (a) crença na vontade da lei; (b) mistificação da vontade do legislador⁶; (c) limitação da representação da prática a exemplos esdrúxulos; e (d) reprodução do discurso da autoridade (STRECK, 2000).

Tal fetichização aliena o “operador do direito” do processo de constituição da verdade jurídica, facilitando o ocultamento dos “limites, silêncios e funções políticas da epistemologia jurídica oficial”.

⁴ “A viragem linguístico-pragmática e hermenêutica da filosofia põe em xeque, segundo Habermas, a idéia de fundamentação, rompendo com uma filosofia da consciência ligada ao modelo de conhecimento orientado na percepção e na representação dos objetos. No lugar do sujeito solitário (solipsismo), que constitui seus objetos (objetivismo), emerge, agora, a idéia de um conhecimento mediado linguisticamente e referido à ação. O conhecimento é, portanto, situado, de antemão, no contexto de uma práxis intersubjetiva, historicamente mediada. [...] A hermenêutica, será, assim, [...], uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem.” (STRECK, 2003)

⁵ Trata-se de um conjunto de conhecimentos fragmentados, baseados em crenças ideológicas e epistemológicas aliadas a opiniões éticas e conhecimentos vulgares, forjados na práxis jurídica, gerando um senso comum de caráter indiscutível. Em suma, forma-se um “conjunto heterogêneos de hábitos semiológicos” de (auto)referência que, “provocando conotativamente a opacidade das relações sociais, afasta os juristas da compreensão do papel do Direito e do seu conhecimento na sociedade” (WARAT, 2004, p. 27-34).

⁶ “[...] é *justo*, pois jamais quer uma injustiça; é *coerente*, ainda que se contradiga na prática; é *onicompreensivo*, pois o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente; é *econômico*, ou seja, nunca é redundante; é *operativo*, pois todas as normas têm aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis; e, por último, o legislativo é *preciso*, pois apesar de se valer de palavras da linguagem natural, vagas e ambíguas, sempre lhes confere um sentido rigorosamente técnico... É de se perguntar: pode alguém, ainda, acreditar em tais “propriedades” ou “características” do “legislador”?”. (STRECK, 2003) (Grifo nosso.)

Não por acaso, comentávamos em discussões do movimento estudantil que, talvez, o ensino jurídico sequer pudesse ser considerado positivista, pois, o modo de constituição das verdades jurídicas sempre foi ensinado como inerente ao próprio direito, imutável no tempo e no espaço. Hoje nos afastamos de tal pensamento por entendermos que não se trata de ausência do positivismo, mas de insuficiência de rigor teórico na abordagem das bases epistemológicas, até mesmo das bases do positivismo, ou seja, o *habitus*⁷ docente tradicional perpetua-se de forma a impossibilitar a participação e/ou entendimento do estudante do contexto da verdade jurídica,

[...] demarcando-se apenas as mudanças significativas dos modelos existentes, sem que se apresentem procedimentos reflexivos quanto aos temas tratados. Desta forma, o jusnaturalismo ou o juspositivismo são apresentados de forma linear e sem nenhum conteúdo crítico apreciável. (WARAT, 2004, p. 50)

2 HEGEMONIA POSITIVISTA E SIGNIFICAÇÕES SIMBÓLICAS

Diante de tal realidade, cabe indagar o porquê do ensino jurídico não perceber a as significações simbólicas do positivismo na construção do saber jurídico. De antemão, é necessário ressaltar que várias questões são simultaneamente causa e consequência da camuflagem dessas relações simbólicas. Pois, certas características do positivismo formaram na consciência dos juristas a ideia de serem inerentes ao próprio Direito, gerando o ocultamento de suas construções históricas. Percebe-se esse ocultamento, por exemplo, no apego à ideia de segurança jurídica, não relativizada sequer quando garantia de efetividade dos valores constitucionais ao caso concreto. Em outras palavras,

⁷ “Bourdieu designa por *habitus* ‘sistema de disposição adquirida pela aprendizagem implícita, que funciona como um sistema de esquemas geradores, e gerador de estratégias que podem ser objetivamente afins aos interesses objetivos de seus autores sem serem expressamente concebidas para este fim.’” (FONSECA, 2006, p. 6)

O problema histórico jurídico está todo aqui: na crença difusa de conquistas últimas e eternas, na fixação de uma dogmática imobilizadora, na indiscutibilidade de certas categorias; o problema – que é absolutamente metodológico – está na des-historicização de todo um material historicíssimo, respeitável fruto de vicissitudes históricas. (GROSSI, 2004, p. 7)

Outro aspecto que fortalece a perpetuação positivista na epistemologia do Direito está relacionado às influências mercadológicas no ensino jurídico, pois ao impor condições estritas de satisfação (rápida) dos interesses individuais segundo o pensamento hegemônico, o mercado limita as possibilidades de um pensamento crítico e a reestruturação das bases epistemológicas que atendam as novas demandas sociais⁸.

Por fim, percebemos que no jogo de disputa pela “verdade”, a legitimidade do discurso provém de um modelo baseado principalmente na autoridade de quem o profere e não no conteúdo efetivamente proferido. Não estamos com isso dizendo que o discurso da autoridade é intrínseco ao modelo positivista, entretanto, a medida que esse discurso promove um deslocamento conceitual do procedimento de legitimidade do discurso acaba por camuflar as bases que fundamentaram a produção da verdade, permitindo a não percepção das teorias implícitas e subjacentes à ordem hegemônica, no caso, a positivista.

3 POSSIBILIDADES DE UMA CONTRA-HEGEMONIA E TEORIA(S) CRÍTICA(S) DO DIREITO

Entendemos que limitar o debate acerca das possibilidades de mudanças no (ensino do) direito aos seus sintomas, obstaculariza um processo de superação do modelo epistemológico (positivis-

⁸ “O jurista atual – a referência é à maioria e não àqueles espíritos livres e arrojados – é doente de decrepitude, é cada vez mais velho, e é sobretudo consumido por uma enfermidade sutil que desde sempre foi seu vício oculto, a preguiça, a preguiça intelectual.” (GROSSI, 2004, p. 4)

ta) que tem que se mostrado insuficiente em construir um diálogo participativo com a dinâmica social.

Afinal, mesmo diante da premente necessidade de construir uma ciência jurídica sobre novas bases epistemológicas, a teoria crítica ainda é entendida como

[...] uma atitude que, negada como posição, expõe um corpo de idéias, as quais, produzidas a partir de diferentes marcos conceituais, se relacionam de maneira flexível e problemática, e que pretendem compreender as condições históricas de elaboração e os vários sentidos sociais dos hábitos teóricos aceitos como o discurso competente dos juristas. O pensamento crítico, assim entendido, encontra-se integrado por um conjunto de *vozes dissidentes* que, sem se constituir, ainda, em um sistema de categorias propõe um conglomerado de enunciações apto a produzir um conhecimento do direito, capaz de fornecer as bases para um questionamento social radical. (WARAT,2004, p. 27)

Dessa forma, quais as condições que possibilitariam a insurgência de um novo paradigma epistemológico? Sugerimos uma ampla e real compreensão do modelo hegemônico, pois, já não basta partir de uma absoluta negação das instituições vigentes, se não há uma investigação das “regras de constituição e comprovação das teorias no interior de um modelo já consagrado pela comunidade científica” (WARAT, 2004), como forma de estabelecer referenciais de transformação a partir das insuficiências e limitações do modelo vigente.

Outra condição está relacionada à necessidade de uma teoria capaz de problematizar a natureza gnosiológica do direito, ou seja, compreender as relações de conhecimento, linguagem e interação sujeito-objeto no interior do seu processo de produção da verdade cientificamente estabelecida.

Independentemente das idiosincrasias do novo(s) modelo(s), listaremos determinados princípios que acreditamos ser imprescindíveis para uma reestruturação capaz de interromper a continuidade do modelo positivista que tem se perpetuado através de

mudanças superficiais, incapazes de perceber o surgimento de uma nova ordem de valores.

Construção do conhecimento através de bases epistemológicas abertas e transdisciplinares, ou seja, o conhecimento jurídico não como um modelo lógico-normativo autorreferente, mas fundado num diálogo com outras áreas do conhecimento (ciências, filosofia, arte, cultura, conhecimento popular). Isso se mostra fundamental, pois o conhecimento jurídico, por si só, é incapaz de oferecer uma transformação na relação do Direito (e seu ensino) com a dinâmica social. Neste sentido é que a pesquisa e a extensão precisam efetivamente estar indissociadas com o ensino jurídico, conferindo a *educação jurídica o papel de articuladora central*⁹ para o diálogo com a sociedade na concretização de

[...] um pensamento que, por estar arraigado na realidade histórico-social de nossas comunidades, *traduza suas necessidades e objetivos*, sirva como meio para cancelar o subdesenvolvimento e a dominação que tipificam nossa condição histórica. (WOLKMER, 1987, p. 6)

Nas palavras de Grossi (2004), é urgente um resgate para o Direito. Um resgate em que a consciência crítica adquira autonomia, no sentido de libertar-se de crenças e dogmas estiolantes e afastar-se do modelo de conhecimentos fragmentados e isolados que colocam a sociedade em relação ao Direito de uma forma que despreza a complexidade e a pluralidade de ambos. O papel dos juristas deve ser redefinido para que ele possa ter uma nova postu-

⁹ “Todas as concepções epistemológicas que ignoram o processo essencialmente constitutivo das ciências e de suas aplicações práticas, vendo no objeto de conhecimento um simples dado, transferem tal concepção para o ensino, o qual passa também a ser dado, imposto a uma pura aceitação, como se os seus pressupostos constituíssem verdades intocáveis e absolutas, acima de qualquer crítica. É assim que o dogmatismo dominante na Ciência e na Filosofia do Direito vai servir de base ao dogmatismo do ensino jurídico, o qual, por seu turno, retroalimenta e conserva o primeiro, num autêntico círculo vicioso, dentro de um sistema de pensamento extraordinariamente fechado. Só a partir de novas teorias do Direito pode-se repensar o ensino jurídico. Não há como mudar estruturalmente o ensino do Direito se não se revolucionar a própria teoria jurídica dominante; mudanças cosméticas não bastam.” (RODRIGUES, 2000)

ra frente à realidade, exercitando uma consciência autorreflexiva questionadora que poderá protagonizar esse “resgate para o direito de todas as forças agentes na sociedade”, com vistas à justiça e democracia.

4 PERSPECTIVAS

Parece-nos pertinente, neste momento, fazer analogia ao Mito da Caverna, de Platão. Sentimo-nos, neste momento, tal qual os homens da caverna nos primeiros contatos com a luz. Entendemos luz, aqui, não como a verdade alcançada detida por alguns, mas, como um símbolo da busca incessante pela indagação, crítica, rebeldia intelectual. Entendemos a luz como objetivo a ser alcançado de trazer ao direito a reflexão sobre sua própria existência, o fim dos dogmas e dos princípios imutáveis. A realidade, entretanto, não nos é facilmente decifrável, principalmente quando ainda as significações simbólicas bitolantes são muito fortes: o conhecimento fragmentado, a nossa vivência na universidade, o contato com o *habitus* docente reproduzidor de um senso comum; as limitações de possibilidades de alcançar um direito mais humano, mais justo, sobretudo emancipatório.

É neste sentido, que este artigo surgiu. A intenção principal não é, necessariamente, fazer uma contribuição nova, mas perceber a sistemática em que a epistemologia do Direito e o Ensino Jurídico se encontram, e a partir desta percepção compreender melhor as possibilidades que nos é apresentada como alternativa, podendo assim participar e socializar mais qualificadamente deste debate sobre a educação jurídica. E valendo-se das palavras de Alejandro Caldeira, nos trazida por Wolkmer, temos consciência de que uma proposta epistemológica no modo como aqui se vislumbra, neste artigo,

[...] ainda não se acha pronto e elaborado, [...] mas dialeticamente algo a ser construído, onde seu início *depende historicamente de cada um de nós*. [...] Já se tem consciência do que se quer construir e dos meios que haverão de ser utilizados para se alcançar o fim visado. Embora seja um começo, um

caminho a percorrer, é também um saber para onde se quer ou se deve ir ou não. Deve ser muito mais que uma filosofia de libertação, ou seja, uma filosofia da própria identidade, [...] orientada para a procura de um novo homem, de uma nova sociedade e de um novo quadro de valores'. Trata-se um desafio que urge edificar, pois o futuro depende de uma ética política voltada para a *libertação, emancipação e participação*. (WOLKMER, 1987, p. 6) (grifo nosso).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. tomo II.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed., rev. amp. São Paulo: Brasiliense, 2001.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos. *Contornos Políticos, Institucionais e Epistemológicas da Crise do Ensino Jurídico*. Anais. XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Belo Horizonte, 2007. Disponível em <<http://conpedi.org/manaus/anais.php>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Dirce Mendes da Fonseca. Paradigmas epistemológicos e práticas jurídico-científicas: Uma análise da Ideologia. Anais. XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Manaus, 2006. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/anais.php>>. Acesso em: 20 fev.2008.

_____; CIARALLO, Gilson; CRUZ, Tânia Cristina Cruz. Epistemologia do campo jurídico: Reflexões acerca do papel da pesquisa jurídica. Anais. XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Salvador, 2008. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/anais.php>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 40, 2004.

MINGHELLI, Marcelo. Crítica Waratiana à Teoria do Direito: Os Mitos do Ensino Jurídico Tradicional. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 36, 2001.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. Crítica da epistemologia do Direito a partir do conceito de obrigação jurídica. *Revista Seqüência*, Florianópolis, Ed. UFSC, n. 29, 1994.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; ZAGRE, Robson. Hans Kelsen – Marco que se eterniza? Debate sobre pressupostos científicos da Teoria Pura do Direito. *Anais. XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONEPEDI*. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/anais.php>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico: para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 200.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. Para uma hermenêutica jurídica crítica-emancipatória. *Revista Seqüência*, Florianópolis, Ed. UFSC, n. 25, 1987.

A INTERFACE ENTRE DIREITO E ECONOMIA NA OBRA “O CAMINHO DA SERVIDÃO”: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA CRÍTICA DE MICHAEL OAKESHOTT A HAYEK^{1/2}

Daniel Lena Marchiori Neto

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista CNPq.

1 INTRODUÇÃO

Friedrich August von Hayek (1899-1992) é um dos pensadores mais influentes da chamada Escola Austríaca de Economia³ – grupo de teóricos responsáveis pela renovação pensamento liberal

¹ Este texto representa a versão preliminar de um trabalho produzido no âmbito do grupo de pesquisa “Democracia, Justiça e Constituição”, coordenado pela Prof. Dra. Cecilia Caballero Lois.

² As citações em língua estrangeira foram livremente traduzidas pelo autor.

³ A Escola Austríaca de Economia reúne em torno de si uma gama considerável de autores distribuídos ao longo de cinco ou mais gerações de economistas. O início dessa tradição de pesquisa acontece com a publicação do *Grundsätze*, de Carl Menger, em 1871. A trajetória das ideias austríacas, desde essa época, pode ser traçada em seus aspectos gerais pela exposição dos fundamentos da teoria do valor econômico, pela sua minuciosa descrição dos processos de produção e consumo e por um número de definições que viriam a ser incorporadas pela ortodoxia econômica no século XX. Dentre essa gama de autores, destacam-se, além de Menger, Böhm-Bawerk, Wieser, Jaffé, Steissler, Ludwig von Mises e Friedrich von Hayek. A propósito, consul-

clássico, tendo uma influência decisiva nas reformas de mercado promovidas a partir da década de 70 que, diante da crise fiscal, sustentaram a desregulamentação da economia e a redução dos direitos sociais e econômicos (BEDIN, 2002, p. 134).

Nascido em Viena, Hayek lecionou na prestigiosa London School of Economics (LSE) em 1931, seguindo dali para Chicago em 1950 e, finalmente, para Freiburg em 1960. Em 1974, já aposentado, recebeu o Prêmio Nobel de Economia por seu trabalho pioneiro na teoria da moeda e flutuações econômicas e pela análise penetrante da interdependência dos fenômenos econômicos, sociais e institucionais, que dividiu com seu principal rival ideológico, o economista socialista Gunnar Myrdal.

As obras de Hayek são inúmeras. Na ocasião do Prêmio Nobel, já havia escrito ou organizado mais de 130 artigos científicos e 25 livros sobre teoria econômica, filosofia do direito, teoria política, história das ideias e até mesmo psicologia. Após ser laureado, muitas outras publicações surgiram, incluindo-se versões impressas de inúmeras conferências que proferiu ao redor do mundo (BUTLER, 1987, p. 11).

O seu texto mais conhecido é “O caminho da servidão” (*The road to serfdom*), publicado em 1944, no qual, em linhas gerais, acusou o planejamento estatal de levar à tirania. O formato e a linguagem da obra assemelham-se muito a do folhetim político, embora também possa ser considerado um trabalho acadêmico à medida que trabalha exaustivamente com algumas implicações da adoção de um regime socialista (BUTLER, 1987, p. 11). O livro projetou Hayek para o mundo, e até hoje é considerado uma espécie de “bíblia” do pensamento neoliberal.

Este trabalho, após descrever conceitos relacionados ao direito e à economia presentes na obra, analisará um comentário de Michael Oakeshott, no qual ele afirma que “este é, talvez, o principal significado de *O caminho da servidão* de Hayek – não o poder de convicção de sua doutrina, mas o fato de que é uma doutrina”

tar FEIJÓ, Ricardo. *Economia e Filosofia na Escola Austríaca*: Menger, Mises e Hayek. São Paulo: Nobel, 2000. p. 9-11.

(1991, p. 26). O que um autor igualmente conservador, no sentido de seu descrédito a doutrinas socialistas e intervencionistas, tem em mente ao afirmar isso?

Embora ambos estejam de certa forma alinhados ideologicamente (MACCORMICK, 1989, p. 309), a maneira como encaram a atividade de governar, do ponto de vista do que se entende por política, é absolutamente distinta. O artigo, dentro de suas limitações, buscará explorar essas nuances, alertando sobre possíveis exageros na obra de Hayek.

2 A INTERFACE ENTRE DIREITO E ECONOMIA NA OBRA “O CAMINHO DA SERVIDÃO”

O livro inicia-se com uma dedicatória aos socialistas de todos os partidos. A despeito de um tom irônico, Hayek conserva uma certa sinceridade, visto que ele próprio, no início da carreira acadêmica, cultivou uma admiração pelo socialismo moderado da Fabian Society (BUTLER, 1987, p. 6). Visto sob esta perspectiva, o livro, funcionaria como um sinal de alerta; os argumentos procuram mostrar que o socialismo pode até possuir ideias boas, mas toda tentativa de implementá-lo só seria possível através de meios que, de antemão, qualquer socialista sincero rejeitaria.

Nesse sentido, o questionamento que Hayek lança é o seguinte: estarão as democracias marchando pelo caminho do socialismo totalitário? Em tom quase profético, responde que

[...] é o destino da Alemanha que estamos em perigo de seguir. Reconheço que esse perigo não é imediato, pois as condições na Inglaterra e nos Estados Unidos ainda estão de tal modo longe daquelas que em anos recentes ocorreram na Alemanha, que se torna difícil acreditar [...] Contudo, embora a estrada seja longa, é uma estrada na qual à medida que se avança é mais difícil voltar atrás. (1946, p. 23)

O fato que tem em mente para proferir sua profecia são as mudanças estruturais da atividade de governar promovidas, espe-

cialmente, a partir da Primeira Guerra Mundial: “mas conquanto até 1931 a Inglaterra e a América não tenham trilhado senão vagarosamente o caminho traçado por outros, mesmo nessa época haviam avançando tanto que somente aqueles cuja memória alcança os anos anteriores à I Guerra Mundial sabem o que é um mundo liberal” (HAYEK, 1946, p. 36). Essa “mudança” refere-se ao intervencionismo durante o período de guerra, onde o Estado passa a dirigir a produção econômica com vistas a amparar os esforços militares.

A doutrina alemã da *Wehrwirtschaftslehre*, ou economia de guerra, sustenta que, no caso de uma guerra, o custo de produção e a qualidade não são o mais importante. Tais elementos são próprios da atividade econômica com fins lucrativos. Por isso, afirma que toda forma de controle e planejamento estatais não é apenas legítima, como também é o meio mais racional para atingir o objetivo último, que é a preparação militar. Sob esse prisma, deveria se fomentar a produção de substitutos, não se poderia dispensar a regulamentação governamental e, inclusive, esta política deveria ser mantida em tempos de paz (MISES, 1985, p. 835)⁴.

O mais interessante disto é justamente avaliar o alcance dessa doutrina fora do período da guerra. Essa modalidade de intervencionismo possui um impacto sociológico à medida que se induz um

⁴ Evidentemente, muitos liberais acusaram a utilização da guerra como justificativa para permitir o que eles consideravam um intervencionismo infundado. Mises, por exemplo, afirmou que “é claro que, a longo prazo, a guerra é incompatível com a preservação da economia de mercado. O capitalismo é, essencialmente, um sistema para nações pacíficas. Mas isso não significa concluir que uma nação, em caso de agressão armada, deveria substituir a empresa privada pelo dirigismo estatal. Se o fizesse, ficaria privada dos mais eficazes meios de defesa. Não há registro de uma nação socialista que tenha derrotado uma nação capitalista. Apesar do seu socialismo de guerra, os alemães foram derrotados em ambas as guerras mundiais”. (MISES, 1995, p. 833). Em termos teóricos, contesta a necessidade da economia de guerra porque (a) não seria verdade que a qualidade e a adequabilidade dos produtos sejam de pouca importância, pois compromete tanto a qualidade do material como o moral da tropa; (b) não menos equivocada é a afirmativa de que o maior custo de produção dos substitutos seja um aspecto sem importância, visto que maior custo significa que será necessário gastar mais mão de obra e mais fatores materiais de produção para obter o mesmo resultado que o adversário que, produzindo o produto adequado, obterá com menos gasto.

comportamento até então desconhecido e certamente incompatível com as tradições vigentes. O que antes era um comportamento jamais cogitado, e que violaria princípios básicos do liberalismo, passa a se tornar uma conduta não apenas tolerada, mas inclusive bem-vinda^{5/6}. O que entraria em descrédito, portanto, seria o próprio liberalismo⁷.

Após descrever o “caminho abandonado”, Hayek passa a preocupar-se com as consequências econômicas do planejamento estatal para as democracias liberais, especialmente no que tange à

⁵ “O ponto crucial de que o nosso povo ainda pouco se apercebe é, contudo, não somente a magnitude das mudanças que tiveram lugar durante a última geração, mas o fato de que tais mudanças significam uma completa alteração no sentido da evolução de nossas idéias e da ordem social.” (HAYEK, 1946, p. 36)

⁶ O fato de atribuir à economia de guerra a principal fonte do *establishment* dos regimes socialistas, ou pelo menos a simpatia pelo intervencionismo, era bastante corrente na literatura conservadora da época. Élie Hálevy, por exemplo, escreveu em sua obra mais conhecida que “a era das tiranias data do mês de agosto de 1915, em outros termos, do momento onde as nações beligerantes adotaram um regime que se pode definir da seguinte maneira: a) do ponto de vista econômico, estatização extremamente estendida a todos os meios de produção, distribuição e troca; e, de outra parte, do apelo dos governantes aos chefes das organizações operárias para lhes ajudar no trabalho de estatização – portanto, sindicalismo, corporativismo, ao mesmo tempo que estatismo; b) do ponto de vista intelectual, a estatização do pensamento, que assume duas formas: uma negativa, pela supressão de todas as expressões de uma opinião julgada desfavorável ao interesse nacional; outra positiva, por aquilo que nós chamaremos a organização do entusiasmo. É desde regime de guerra, muito mais que a doutrina marxista, que deriva todo o socialismo do pós-guerra. O paradoxo do socialismo do pós-guerra é que ele recruta adeptos que vêm a ele por ódio ou desgosto da guerra, e que lhes propõe um programa que consiste na prolongação do regime de guerra em tempos de paz”. (HÁLEVY, 1938, p. 214). A influência de Hálevy é marcante na obra de Hayek, que se expressa por meio de citações em quase toda sua bibliografia; em *O Caminho da Servidão*, uma epígrafe de Hálevy surge no início do capítulo III, intitulado “Individualismo e Coletivismo”.

⁷ “A tendência moderna para o socialismo implica um rompimento não apenas com o passado recente, mas com toda a evolução da civilização ocidental, e a extensão deste rompimento se torna clara se o considerarmos não apenas em face do século XIX, mas diante de uma perspectiva histórica mais longa [...] Não é meramente o liberalismo dos séculos XVIII e XIX, mas o individualismo básico que herdamos de Erasmo e Montaigne, de Cícero e Tácito, de Péricles e Tucídides, o que estamos progressivamente abandonando.” (HAYEK, 1946, p. 37-38)

seara dos direitos individuais. Nesse ínterim, busca retirar da palavra “socialismo” toda semântica vinculada a ideias perfeccionistas, como a busca pela igualdade ou a justiça social; o socialismo seria “a extinção da iniciativa particular, da propriedade particular dos meios de produção, e a criação de um sistema de ‘economia planejada’ no qual o empreendedor que trabalha visando o lucro é substituído por um órgão central de planejamento” (1946, p. 61). Adiante, enuncia que sua crítica é deferida, de molde sistematizado, àquilo que denominou “coletivismo”, a fim de incluir “toda espécie de planejamento necessária para a realização de quaisquer ideais distributivos” (p. 64). Como oposição, o individualismo é identificado como a prática liberal de funcionamento da economia de mercado, autorregulada a partir de agentes individuais que cooperam entre si espontaneamente.

É importante esclarecer que, em ambos os regimes, há a presença intuitiva da ideia de planejamento. O que os distingue é o critério da eficiência. A opção pelo planejamento centralizado decorre de maximizar-se a utilidade dos conhecimentos que só podem ser adquiridos pelos que fazem o trabalho prático de campo. A diferença entre uma boa e uma má economia em termos de desempenho depende da exploração dos dados e informações do sistema (PEYREFITTE, 1999, p. 417-418).

A argumentação liberal, por outro lado, busca o melhor uso possível das forças de competição como um meio de coordenar os esforços humanos, e não objetiva que as coisas devam ser deixadas como estão. Baseia-se na convicção de que, onde se puder criar uma efetiva concorrência, aí se terá, entre quaisquer outras, a melhor maneira de guiar os esforços individuais. Essa argumentação não contradiz, por outro lado, que para colher resultados benéficos dessa competição seja necessária uma estrutura legal cuidadosamente meditada, e que os preceitos legais não estão livres de graves defeitos (HAYEK, 1946, p. 66)⁸. Também não nega que, sendo impossí-

⁸ Nesta passagem, há que se fazer uma importante observação. Ao contrário do que talvez a sua fama possa causar, Hayek não é avesso completamente à intervenção estatal, estando muito longe de correntes anarco-capitalistas. Vale destacar esta passagem: “o uso propício da organização social exclui certos

vel criar as condições necessárias para tornar efetiva a competição, “devemos recorrer a outros métodos de guiar a atividade econômica. Todavia, o liberalismo econômico opõe-se a que a competição seja suplantada por métodos inferiores de coordenar os esforços individuais” (1946, p. 66).

Destarte, o planejamento descentralizado seria a única saída para o problema da organização econômica, visto que valoriza a decisão individual, a única capaz de garantir uma rápida adaptação às constantes mudanças em condições específicas de tempo e lugar. Ao contrário das formas coletivistas de planejamento, valoriza o conhecimento direto das mudanças significativas e dos recursos imediatamente disponíveis que permitem enfrentá-las (PEYREFITTE, 1999, p. 420).

Além disso, argumenta Hayek que o planejamento centralizado anula por completo qualquer possibilidade de democracia. Independentemente do nome que se queira dar ao regime (comunismo, fascismo, nazismo, etc.), todos eles se distinguem do liberalismo e do individualismo, na medida em que buscam “organizar a sociedade inteira e todos os seus recursos para essa finalidade única e por se negarem a reconhecer esferas autônomas em que os objetivos individuais tenham importância suprema” (1946, p. 96).

tipos de intervenção coercitiva na vida econômica, mas admite outros que às vezes podem auxiliar muito consideravelmente no seu funcionamento, e até exige determinadas formas de ação governamental [...] Proibir o uso de certas substâncias tóxicas ou exigir precauções especiais no seu uso, limitar as horas de trabalho ou exigir certas disposições sanitárias, é coisa inteiramente compatível com a manutenção da concorrência. A única questão é neste caso saber se as vantagens conseguidas são maiores do que os custos sociais daí decorrentes. A manutenção da concorrência também não é incompatível com um amplo sistema de serviços sociais – desde que a organização de tais serviços não seja feita de modo a tornar ineficaz a concorrência em largos campos de atividade” (HAYEK, 1946, p. 67-68). Por fim, “Hayek foi descrito como um expoente do *laissez-faire*, hostil à provisão pública de serviços sociais, indiferente às necessidades dos fracos, autoritário, antidemocrático, e assim por diante. No entanto, não se encontra na obra de Hayek nada que permita essas assertivas, o que torna difícil compreender como críticos presumivelmente escrupulosos chegaram a fazê-las”. (CRESPIGNY, 1982, p. 57).

Com denominações garbosas, como “objetivo social”, “finalidade comum”, “bem-estar”, o ideal perfeccionista pressupõe a existência de um código ético completo em que se dê o seu devido lugar a todos os diferentes valores humanos. Para poder ser posto em prática, exige a centralização dos meios de produção que, ainda de forma gradual, vão pouco a pouco suprimindo a esfera privada de cada indivíduo. Como o poder de decidir sobre o que pode ser consumido e o que pode (ou deve) ser consumido fica nas mãos de um corpo burocrático, a única maneira de esperar que as liberdades individuais sejam garantidas nesse sistema seria adotar uma confiança excessiva na honestidade dos encarregados. O problema é que todo regime que se baseia na premissa de que outrem deve decidir sobre a liberdade alheia é, por natureza, um regime autoritário.

Por fim, resta destacar a relação que se estabelece entre o planejamento estatal e o direito. Em poucas palavras, Hayek afirma que o império do direito é a ideia de que

[...] o governo é vinculado em todas as suas ações por normas fixadas e anunciadas de antemão – as quais tornam possível prever com bastante certeza de que modo a autoridade usará os seus poderes coercitivos em dada circunstância, permitindo a cada um planejar os seus assuntos pessoais com base nesse conhecimento. (1946, p. 115)

Para ele, o *rule of law* é absolutamente incompatível com o planejamento centralizado. A distinção entre a criação de uma estrutura permanente de leis, dentro da qual a atividade produtora é guiada por decisões individuais, e a direção das atividades econômicas por uma autoridade central, é, claramente, como um caso particular da distinção mais geral entre o Império da Lei e o governo arbitrário.

Sob o primeiro, o governo limita-se a fixar regras determinando as condições em que podem ser usados os recursos disponíveis e deixando aos indivíduos a decisão sobre os fins a que esses serão aplicados. Sob o segundo, o governo dirige o emprego dos meios de produção para finalidades particulares. As regras do primeiro

tipo podem ser traçadas de antemão, sob a forma de regras formais que não visam às necessidades e desejos de pessoas particulares. Pressupõem-se, unicamente, servir de meio na consecução das várias finalidades individuais (HAYEK, 1946, p. 116-117).

Nesse sentido, estabelece que o Estado deve limitar-se a estabelecer regras que se aplicassem a tipos gerais de situações e deixassem os indivíduos livres em tudo que depende das circunstâncias de tempo e lugar, porque somente os indivíduos interessados em cada situação podem conhecer plenamente essas circunstâncias. Além disso, o Estado que preveja com exatidão a incidência das suas decisões não deixa nenhuma liberdade de escolha para os indivíduos.

Nas páginas de *O caminho da servidão* fica clara a dicotomia que Hayek, mais adiante⁹, circunscreve entre o que ele chama de “direito” e “legislação”. Direito (*nomos*) é o conjunto de normas de justa conduta sem propósito um propósito específico (*purpose-independent*). São baseadas em proibições tão genéricas e abstratas que, vistas isoladamente, não se imputariam como pertencentes a nenhuma doutrina compreensiva em especial. A norma que condena o homicídio ou que estabeleça a velocidade máxima do tráfego numa rodovia, por exemplo, possui evidentemente um propósito, mas é “desprovida de propósito” no sentido de Hayek porque não está ligada a um ideal específico, a uma forma de perfeccionismo, e sim a práticas surgidas espontaneamente.

A legislação (*thesis*), por outro lado, é vista como um conjunto de normas de organização, criadas artificialmente com o objetivo de atingir finalidades particulares. Para Hayek,

[...] foi com justiça considerada, entre todas as invenções do homem, aquela plena das mais graves conseqüências, tendo seus efeitos alcance ainda maior que os do fogo e da pólvora. Ao contrário do próprio direito, que jamais foi ‘inventado’ no mesmo sentido, a legislação é um invento relativamente recente na história da humanidade. Ela proporcionou aos homens um instrumento extremamente poderoso. (1985, p. 81-82)

⁹ Em especial na sua trilogia *Law, Legislation and Liberty*.

O verdadeiro *direito* é, nesse ínterim, produto de uma ordem evolutiva (*kosmos*) enquanto a *legislação* é consequência de uma ordem feita (*taxis*). Assim,

[...] tem-se, por um lado, o racionalismo construtivista, centrado na crença de que as instituições sociais são criações deliberadas do homem, e, por outro, o racionalismo evolucionista, centrado na idéia de que as instituições sociais são o resultado da ação humana, mas não de suas intenções, é óbvio para Hayek, que cada uma destas perspectivas trabalhe com idéias de ordens diferenciadas. (BEDIN, 2002, p. 138)

Finalmente, o que pode ser sintetizado da relação entre direito e economia na obra *O caminho da servidão* é uma confiança absoluta na ideia de que o mercado autorregulado é absolutamente incompatível com a ideia de planejamento estatal (ainda que de forma moderada). De outro modo, a produção de *legislação* não só impede como torna nula a existência do *direito*. Assim, lança sua profecia que os países europeus no final da Segunda Guerra Mundial, por adotarem uma postura intervencionista, rumariam de modo irreversível para regimes totalitários.

3 HAYEK E A REDUÇÃO DA POLÍTICA: UMA BREVE ANÁLISE DA CRÍTICA DE MICHAEL OAKESHOTT

Passados mais de sessenta anos de sua publicação, é possível facilmente constatar alguns equívocos de Hayek. Em primeiro lugar, os países europeus capitalistas, bem como os Estados Unidos, não caminharam rumo à servidão: conservaram o sistema de livre-mercado, bem como a democracia e os direitos liberais, a despeito de adotarem a postura intervencionista do *Welfare State*. Além disso, sua afirmação acerca da impossibilidade de conciliar o planejamento estatal com o império da lei parece igualmente falha.

Nesta última, segundo Horwitz, Hayek estava correto em ver uma conexão íntima entre regras formais e genéricas com a tradição do Império da Lei. Agora,

[...] se ele estabeleceu com sucesso uma conexão similar entre planejamento, de um lado, e particularismo e individualização, por outro, é uma questão mais difícil. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, a regulação administrativa foi frequentemente justificada muito mais importando a generalidade do que invocando uma sentença caso-a-caso, particularizada, das cortes de *common law*. (1992, p. 229)

Para Merquior, o prognóstico de Hayek era obviamente muito exagerado. Ironicamente, “suas próprias críticas ulteriores à democracia podem ser interpretadas como refutação da tese de *O caminho*. Se a democracia desimpedida, como ele pensa agora, milita contra o mercado, pelo menos ela obviamente sobreviveu em vez de perecer durante o prolongado crescimento do Estado social” (1991, p. 190).

Muitas críticas podem ser feitas sobre a publicação desta obra, especialmente pelos partidários de posições políticas diametralmente opostas a de Hayek. Este trabalho, contudo, busca analisar uma opinião provinda não de um opositor fervoroso, mas de um conservador com a qual compartilha de muitas suas posições. Trata-se de Michael Oakeshott, filósofo britânico, falecido em 1990, e que durante as décadas de 1950 e 1960 exerceu a cátedra de Ciência Política na prestigiosa London School of Economics (LSE), tendo sido o sucessor de Harold Laski.

Oakeshott, numa passagem, afirma que “este é, talvez, o principal significado de o principal significado de *O caminho da servidão* de Hayek – não o poder de convicção de sua doutrina, mas o fato de que é uma doutrina” (1991, p. 26). O que, propriamente, esta crítica quer dizer?

Para iniciar o raciocínio, é necessário compreender, primeiramente, o significado do conservadorismo para Oakeshott.

Ser conservador é preferir o familiar ao desconhecido, preferir o testado ao não testado, o fato ao mistério, o atual ao possível, o limitado ao ilimitado, o próximo ao distante, o suficiente ao superabundante, o conveniente ao perfeito, a alegria presente à felicidade utópica. (1991, p. 408)

Não raro, Oakeshott, à semelhança de Hayek, atrai para si muita polêmica visto que, em geral, o conservadorismo é associado à defesa de determinada visão compreensiva de bem – a exemplo do religioso, do nacionalista, do moralista, dentre outros. Para ele, no entanto, o conservadorismo não é uma ideia, mas sim uma postura quanto às capacidades humanas e aos limites da atividade de governar.

Reconhecendo a política como um oceano ilimitado de alternativas, o conservador cético seleciona algumas invenções humanas (como o individualismo, a liberdade negativa, a associação civil) e procura conservá-las não porque as considera “perfeitas”, “naturais” ou “racionalmente preferíveis”, mas simplesmente porque não acredita que, eliminando-as, seja possível haver a possibilidade de uma vida menos opressora e mais pacífica. Por isso, vê a política enquanto um exercício que necessita de averiguação empírica, como práticas tradicionais de uma sociedade em termos históricos (aquilo que foi usado, testado e conhecido).

Com uma linguagem sofisticada, quase literária, critica a possibilidade de encontrar um sentido para a história, visto a partir de uma perspectiva racionalista. Não se sabe a direção pela qual o mundo se move não porque

[...] nos faltam provas que poderiam nos revelar tal direção, mas porque a noção de que tal direção exista depende de uma distinção entre o que é resultado legítimo e ilegítimo, algo estranho ao estudo histórico. Uma simples e homogênea linha de desenvolvimento é possível de ser encontrada na história somente se a história é feita de um boneco com o qual é possível praticar a habilidade de um ventriloquista. (OAKESHOTT, 1991, p. 67)

Nesse cenário, Oakeshott rejeita enfaticamente o racionalismo à medida que este, ao impor uma condição uniforme de perfeição sobre a conduta humana, idealiza sobre o futuro tentando encontrar um sentido para a história (algo absolutamente estranho ao estudo histórico). Além disso,

[...] os racionalistas recusam-se a admitir o racionalismo na conduta humana, a não ser que se verifique uma deliberada e autoconsciente aplicação de princípios. Desta maneira, os hábitos, os costumes, as práticas que simplesmente herdamos ficam relegadas à categoria das irracionalidades, que tudo abrange. (MINOGUE, 1982, p. 131)

Nesse sentido, a sua principal crítica quanto à introdução do racionalismo na política é que este a reduz a uma mera técnica. Sustenta que o único elemento do conhecimento envolvido na atividade humana é o conhecimento técnico, e “o que tenho sustentado como o conhecimento prático é na verdade um tipo de ignorância que deveria ser negligenciada caso não seja absolutamente maligna. A soberania da ‘razão’, para o Racionalista, significa a soberania da técnica” (OAKESHOTT, 1991, p. 16). Em outras palavras, é uma forma simplista que presume a existência de uma receita certa, segundo a qual os governos devem segui-la rigorosamente sob pena de agirem *irracionalmente*;

[...] é uma ilusão achar que na política é possível prosseguir sem uma tradição de comportamento, uma ilusão que reduz a tradição a um guia suficiente, e uma ilusão acreditar que na política exista um porto seguro, um destino a ser alcançado ou ao menos uma detectável margem de progresso. (OAKESHOTT, 1991, p. 66)

Oakeshott não poupa crítica aos teóricos socialistas que racionalizam ao extremo acerca da existência de um mundo ideal que deve ser ditado à força pelo Estado e no qual todo cidadão deve se engajar de forma entusiasta. Por outro lado, não isenta do mesmo erro pensadores liberais que buscam, a partir de uma racionalização abstrata (como a ideia de direitos naturais ou de uma natureza humana), ditar um sentido para a política¹⁰.

¹⁰ “[Os fundadores da independência americana] estavam dispostos a acreditar, e eles acreditarem mais inteiramente do que era possível para um habitante do Velho Mundo, que a própria organização da sociedade e conduta de seus negócios era baseada sobre princípios abstratos, e não sobre uma tradição que,

Este parece ser justamente o vício de *O caminho da servidão*. O livro é escrito como um receituário, que busca encontrar uma “verdade” acerca da atividade “correta” de governar. Algumas invenções modernas, como o individualismo e o império da lei, são justificadas por Hayek não como criações históricas, consolidadas pelas práticas tradicionais, mas como princípios dedutíveis racionalmente e que possuem uma fórmula específica a ser seguida. A partir disso, criou uma profecia acerca da história que, não por simples coincidência, mostrou-se uma ingênua apreensão.

John Gray observou com muita acuidade este problema. Para ele, a apegue que Hayek dá a liberdade é de tal maneira que, independentemente das falhas desta concepção de liberdade, nenhum de seus argumentos sobre o seu valor garantem a universalidade e a certeza que ele tanto procura nos princípios liberais. A sua conclusão é que a filosofia social de Hayek promove uma confusão de categorias envolvendo uma tentativa forçada de desenvolver uma ideologia liberal que reivindica a submissão de todos os homens racionais (GRAY, 1981, p. 84).

O liberalismo (aqui, com um olhar muito inspirado no pensamento de Michael Oakeshott) deve ser observado como uma forma moral e uma prática política, uma espécie de partidarismo, ao invés de uma propensa dedução de uma análise conceitual ou de princípios certificados racionalmente.

Argumentos e considerações podem mover pessoas a adotar posições liberais em temas específicos, e elas podem aprofundar (ou enfraquecer) o comprometimento liberal onde ele exista. Nenhum tipo de raciocínio é disponível, contudo, de modo que possa trazer unidade entre expoentes de tradições políticas e morais rivais. (GRAY, 1981, p. 84)

como Hamilton disse, tinha que ‘ser buscada por meio de antigos pergaminhos e registros mofados’. Tais princípios não eram o produto da civilização; eram naturais, ‘escritos no volume todo da natureza humana’. Tinham que ser descobertos na natureza pela razão humana, por uma técnica de investigação disponível igualmente para todo homem e que não requeria nenhuma extraordinária inteligência no seu uso”. (OAKESHOTT, 1991, p. 32-33)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objetivo analisar a crítica de Michael Oakeshott acerca da obra *O caminho da servidão*, de Friedrich Hayek. Constatou-se que, embora ambos os autores compartilhem de alguns pontos (como a crítica ao socialismo e uma desconfiança acerca das políticas intervencionistas), a maneira como encaram a atividade de governar é absolutamente distinta.

Hayek percebe a política a partir de um viés racionalista, buscando deduzir de enunciados supostamente universais a afirmação de algumas práticas, como a liberdade negativa, o império da lei e a livre-concorrência. Oakeshott, por outro lado, percebe estes elementos como produtos da ação humana, ou seja, criados historicamente. A política, para ele, é um oceano ilimitado de projetos alternativos, sendo que não se pode definir, *a priori*, qual é o mais “racional” ou “naturalmente superior”; são simplesmente diferentes. A preferência pelo liberalismo, à diferença de Hayek, não se dá não pelo convencimento de que ele é o regime mais perfeito, mas por uma decisão política: um simples, porém sofisticado, ceticismo quanto às demais propostas.

Assim, o livro *O caminho da servidão* confunde categorias acerca das limitações do conhecimento humano, e reduz a complexidade da política à soberania de um conhecimento técnico. E, como toda técnica, pode se tornar obsoleta com o decurso da história.

REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

BUTLER, Eamonn. *A contribuição de Hayek às idéias políticas e econômicas do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987.

CRESPIGNY, Anthony de. F. A. Hayek: liberdade para o progresso. In: CRESPIGNY, Anthony de; MINOGUE, Kenneth R. *Filosofia Política Contemporânea*. 2. ed. Brasília: UnB, 1982.

FEIJÓ, Ricardo. *Economia e Filosofia na Escola Austríaca*: Menger, Mises e Hayek. São Paulo: Nobel, 2000.

GRAY, John. Hayek on Liberty, Rights and Justice. *Ethics*, v. 92, n. 1, p. 73-84, out. 1981.

HÁLEVY, Élie. *L'ère des tyrannies: études sur le socialisme et la guerre*. Paris: Librairie Gallimard, 1938.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985. v. I: Normas e Ordem.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1946.

HORWITZ, Morton J. *The transformation of American law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992.

MACCORMICK, Neil. Orden Espontáneo y Imperio de la Ley: algunos problemas, *Doxa*, n. 6, p. 309-327, 1989.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo - antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MINOGUE, Kenneth R.. Michael Oakeshott: o Oceano Ilimitado da Política. In: CRESPIGNY, Anthony de; MINOGUE, Kenneth R. *Filosofia Política Contemporânea*. 2. ed. Brasília: UnB, 1982.

MISES, Ludwig von. *Ação humana: um tratado de economia*. 2. ed. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1995.

OAKESHOTT, Michael. *Rationalism in Politics and other essays*. 2. ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1991.

PEYREFITTE, Alain. *A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

A TÓPICA PÓS-ARISTOTÉLICA DE THEODOR VIEHWEG E A (NÃO) RUPTURA DA RACIONALIDADE SISTEMÁTICA DA NORMATIVIDADE¹

Geralda Magella de Faria Rossetto

Professora da Unesc – Universidade do Extremo Sul Catarinense e Procuradora Federal. Mestre em direito pela Unisinos. E-mail: geraldamagella@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo examinar a obra *Tópica e Jurisprudência* na concepção de Theodor Viehweg², seguindo o propósito de pensar sobre a tópica, notadamente em torno do debate instalado em face da racionalidade sistemática da normatividade porquanto – ruptura (ou não) – ao modelo moderno de produção da norma e seus reflexos no sistema de produção do Direito.

¹ O presente foi apresentado à Diretoria de Pós-graduação da Unisinos – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito final para aprovação na disciplina de Sistemas Jurídicos Contemporâneos, ministrada pelo Prof^o Dr Antonio Carlos Nedel, no 2^o Semestre/2007, com adaptações.

² Theodor Viehweg, filósofo do Direito, nascido em Lepizig, Alemanha (1907-1988), foi um dos responsáveis pela principal alteração nos rumos da teoria do Direito desde que, no século XIX, o positivismo jurídico suplantara o jus-naturalismo. Sua obra, embora curta, o colocou na posição de precursor da teoria da argumentação jurídica e, de um modo geral, de toda a discussão contemporânea do Direito.

Procedendo-se a um salto de mais de vinte séculos, Theodor Viehweg resgata a discussão da tópica aristotélica, questionando o modelo normativista da Escola de Viena, baseado no silogismo hipotético-dedutivo, que despreza todo e qualquer elemento valorativo de seu campo de atuação.

A transposição do paradigma hipotético-dedutivo encontra na Tópica neoaristotélica de Theodor Viehweg a sua redefinição. A lógica-formal da dogmática jurídica tradicional não correspondia, de maneira eficaz, à questão da razoabilidade exigida nas soluções dos problemas jurídicos. Uma nova fórmula foi lançada para “solução” e “interpretação” da estrutura da jurisprudência, partindo-se da indicação de Gian Battista Vico, que formalizou a estrutura espiritual presente na antiguidade, sendo dali proveniente a jurisprudência, a qual, em conjunto com a arte retórica, passou-se à análise dos problemas.

Tem-se na tradução da tópica viehweghiana, por ser esta representativa de produção normativa, a moldura de onde se extrai o debate em torno de sua lição, e, para tal, toma-se a matriz teórica tópica na dimensão da ruptura – ou não – em face da sistemática da produção da normatividade, e seus reflexos na produção do Direito.

A metodologia adotada refere-se à análise de textos bibliográficos, e, a pesquisa de textos referentes a Theodor Viehweg e seus comentadores, e especialmente a obra *Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*.

A pesquisa foi dividida em três pontos, os quais sustentam a problemática da produção normativa, sob a dimensão da ruptura (ou não) em face da racionalidade sistemática da normatividade, tendo como base a tópica viehweghiana.

A presente reflexão começa por apresentar um breve esboço dos primórdios da tópica, consultando os fatos e as circunstâncias pilares da matriz tópica. A seguir é apresentado o modelo da tópica segundo os pressupostos apontados por Theodor Viehweg, tendo como base a obra *Tópica e Jurisprudência*. No terceiro momento, a idéia é apresentar um debate em face da tópica de Theodor

Viehwegh, contrapondo o pensamento da doutrina quanto a (não) ruptura da racionalidade sistemática da normatividade.

Por fim, é apresentada uma breve conclusão em torno das reflexões da pesquisa, sobretudo, a reviravolta da teoria viehweghiana plasmada no pensamento jurídico que formalizou uma nova fórmula para a “solução” e “interpretação” da estrutura da jurisprudência, a qual, em conjunto com a tópica, proporciona uma redefinição na análise dos problemas jurídicos, tendo em vista a crise do projeto de Direito da modernidade.

1 OS PRIMÓDIOS DA TÓPICA: OS FATOS E AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE CONSTRUÍRAM A SUA HISTÓRIA

Seria a retórica a origem da tópica?

Para Aristóteles, a retórica é a faculdade de ver teoricamente o que, em cada caso, pode ser capaz de gerar a persuasão. Nenhuma outra arte possui esta função ([s/d], p. 34).

Nos idos da Grécia antiga, dois grupos filosóficos: de um lado os sofistas, e, de outro, os socráticos – entre eles Platão e Aristóteles – usavam estratégias persuasivas, incluindo a oratória. Por volta do século V a.C., uma das preocupações dos filósofos discutidas nas polis gregas, cingia-se à análise da real função da “retórica” – acepção da qual a “tópica” é parte integrante – no pensamento humano.

Os sofistas foram pioneiros na arte retórica, assim conceituada por Marilena Chauí (2002, p. 167), como uma técnica de persuasão, através dos “logoi”, isto é, razões ou argumentos opinativos a respeito de uma coisa, baseando-se não no que esta coisa é em si mesma, porém naquilo que aparenta ser.

Extremamente significativa apresenta-se a condição dos sofistas ao seu tempo. Ocorre, lhes foram negados a condição de “filósofos”, pelo simples fato de serem “livres pensadores”, “técnicos”, a exemplo de Protágoras de Abdera e Górgias de Leontini, e, mais tarde, Isócrates, difusor do ceticismo. Foi somente ao final do sé-

culo XIX, que os sofistas foram reavaliados como os fundadores da pedagogia democrática e mestres da arte de ensinar (CHAUÍ, 2002, p. 159-161).

Baseada na dialética, a arte discursiva tinha na retórica sofística o objetivo de formar os grandes oradores e políticos atenienses, através das melhores técnicas argumentativas. De qualquer forma, a retórica difere da dialética, mas não deixa de apresentar analogias, vez que, ambas tratam de questões que são de competência comum de todos os homens (ARISTÓTELES, [s/d], p. 29).

A grande contribuição de Aristóteles (384-322 a.C.) foi sem dúvida assentada na Filosofia do Direito – a elaboração de uma noção de justiça, sendo que seus conceitos perduram até a atualidade (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 68). Mas a sua maior glória foi a de haver descoberto as leis ideais da argumentação, sendo que os tópicos, ou teoria da argumentação, fundam-se nos princípios prováveis ou opiniões, e levam a uma conclusão provável (TELLES JR, [s/d]).

Desta forma, a retórica, da mesma forma que a dialética, tendo transformado em instrumento de justificação da opressão, na Idade Média, foi taxada de procedimento do discurso científico. Mesmo assim, na lógica aristotélica, a retórica é uma técnica, e não uma ciência.

A questão ética, valorativa está no cerne do debate plantado por Aristóteles, a partir da distinção platônica entre retórica e filosofia. A necessidade de neutralidade científica – que reflete a forma de pensar ontológica – foi absolutamente pertinente em sua época.

A classificação aristotélica deu aos meios retóricos três características básicas, que podem assim ser resumidas: 1) argumento de autoridade: leva-se em conta o caráter e a grandeza moral do orador e a sua opinião; 2) empatia com o auditório: privilegiam-se as opiniões normalmente aceitas pelos ouvintes, aumentando, assim, as chances de convencimento; 3) plausibilidade argumentativa: os argumentos empregados hão de ser fortes e vigorosos, alicerçados em grande técnica persuasiva (ARISTÓTELES, [s/d]).

A condição argumentativa era obtida pelos exemplos e pelos entinemas. Os exemplos corresponderiam aos fatos da experiência.

Os entinemas seriam as provas mais convincentes da retórica, a demonstração da retórica, e, também são silogismos encurtados e incompletos, nos quais resta faltante, seja a premissa maior, a menor, ou a própria conclusão. O silogismo entimemático contrapõe-se ao lógico-científico, e recorre à dedução por verossimilhança ou indícios, prováveis ou plausíveis.

O “Organon” (tópicos) aristotélico delineou os gêneros do discurso retórico: a) deliberativo – próprio do discurso político, e voltado para um fato futuro; b) judiciário – afeto aos tribunais e juízos informais, relativos aos fatos passados; e, c) demonstrativo – referível aos eventos presentes, e que se subdivide em vitupérico (objetiva condenações ou censuras) ou epidítico (se louvável ou elogiável).

Foi apoiado em seu Tratado dos Tópicos, ou seja, em sua teoria da Argumentação Dialética, que Aristóteles escreveu sua Arte Retórica – a arte de bem dizer (TELLES JÚNIOR, [s/d]).

Aristóteles foi de inegável importância para a tópica. Entretanto, de dimensão destacada também, tem-se a influência de Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.), o qual empreendeu reflexões que vão desde o conceito de lei natural até o próprio uso dos argumentos pelos juristas – tópica (MENDONÇA, 2006, p. 125).

Há um ponto na obra de Cícero que goza de especial interesse, qual seja, a sua capacidade de transpor o conjunto das ideias dos gregos para a linguagem dos juristas romanos. Os princípios da justiça originários dos povos gregos foram de vital importância para as instituições do Direito romano e teve em Cícero seu melhor tradutor (MENDONÇA, 2006, p. 125).

Cícero foi o grande senador e escritor do século I a.C. (106-43 a.C.). Sua importância para a tópica é incontestável. Cícero foi um dos maiores oradores da Roma antiga na discussão da *inventio*, a qual foi primordial para a tópica jurídica, por ser o próprio germe dessa matriz de pensamento.

Cícero privilegia o que chama de “invenção do juízo” (na qual se inclui a tópica como arte de achar os argumentos), relegando à “formação do juízo” um mero ritual de passagem das premissas para a conclusão (decisão ou sentença, no caso do Direito).

Ao traçar uma doxografia, com um catálogo de tópicos, assim como repetiriam, mais tarde, Chaïm Perelman (Ética e Direito e Retóricas) e Robert Alexy com seus “códigos da razão prática”, Cícero privilegia a “invenção do juízo” – na qual se inclui a tópica como arte de achar os argumentos – relegando à “formação do juízo” um mero ritual de passagem das premissas para a conclusão – decisão ou sentença.

Como técnica do pensamento problemático, é invertida a forma de pensar juridicamente. O polo central se irradia do problema do caso concreto para o sistema jurídico a ser aplicado, ou mesmo construído, por meio de lugares comuns, gerais ou específicos, até chegar à solução mais razoável e adequada.

Os pretores romanos, da época da *jurisprudencia*, do que chamaram “direito formulário”, assim trabalhavam: recebiam as queixas, denúncias ou consultas, como pesquisadores dos fatos sociais, dos precedentes orais e opiniões anteriores dos sábios da época, dos argumentos das partes contrárias e de outros fatores, e, após, os jurisconsultos emitiam “fórmulas” que eram dadas aos litigantes como sentenças, mandamentos.

Tais fórmulas, compendiadas e depois condensadas pelos glossadores, especialmente da Idade Média, originaram o que hoje conhecemos como “jurisprudência”, merecendo nota, em particular, a evolução propiciada pelo *ius justinianeu*. Percebe-se, também, uma preocupação, já naquela época com o elemento ético do conteúdo decisório, como “arte dos prudentes” que era. Entretanto, a arte retórica serviu de base para a eclosão da crise do positivismo kelseniano, calcado na ideia legalista.

A sociedade perplexa das consequências da ordem política e totalitária nazista, onde reinava o paradigma jurídico, neokantiano, vigente até então, viu nascer com Theodor Viehweg uma nova forma hermenêutica, que sucedeu a matriz lógico-hipotética.

A valoração da tópica “grega” na metódica do direito é resgatada por Viehweg, em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, na qual se busca a “prova” da aplicação do recurso dialético no campo jurídico, por meio do estudo da clássica jurisprudência romana. Desta forma, respondendo a indagação primeira, tem-se que a retórica,

da qual a dialética também é influenciada, exerceu profunda transformação na tópica.

2 A TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG: CONCEPÇÃO E FUNDAMENTOS

Procedendo-se a um salto de mais de vinte séculos, Theodor Viehweg resgata a discussão da tópica aristotélica, questionando o modelo normativista da Escola de Viena, baseada no silogismo hipotético-dedutivo, que despreza todo e qualquer elemento valorativo de seu campo de atuação.

A transposição do paradigma hipotético-dedutivo encontra na tópica nearistotélica de Theodor Viehweg a sua redefinição. A lógica-formal da dogmática jurídica tradicional não correspondia, de maneira eficaz, à questão da razoabilidade exigida nas soluções dos problemas jurídicos. Uma nova fórmula foi lançada para “solução” e “interpretação” da estrutura da jurisprudência, partindo da indicação de Gian Battista Vico, que formalizou a estrutura espiritual presente na antiguidade, sendo dali proveniente a jurisprudência, a qual em conjunto com a arte retórica, passou-se a análise dos problemas.

Sobre a lição de Theodor Viehweg, “esta é no sentido de uma retomada do pensamento tópico no campo do Direito, que se perdeu a partir de toda a preocupação sistematizante surgida com a Era Moderna” (MENDONÇA, 2006, p. 841).

A obra *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos* foi fruto de uma série de circunstâncias particulares que levaram Viehweg a concebê-la. No pós-guerra de 1945, numa Alemanha devastada, o professor e magistrado de carreira estava desempregado e sem maiores expectativas. Resolveu, então, se mudar para um chalé no interior de Munique, sendo que perto de sua casa existia um monastério, que lhe oportunizou o acesso a uma intacta e fabulosa biblioteca, repleta de obras raras, principalmente de Gian Battista Vico, mestre napolitano que viveu no século XVIII (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p. 7).

A tópica, pois, serve a um conceito dialético de verdade, um conceito de verdade que não se confunde com uma dedução-lógica, que serve a uma verdade lógica – apodítica – mas que tem como pressuposto o consenso pelo diálogo (SILVA, Prólogo à Edição brasileira, 2008, p. 14).

A *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* teve a sua primeira edição em 1953. Não é um tratado de Direito, mas é de alta densidade e representatividade para a *Teoria do Direito*. Na quinta edição, 1973, foi acrescentado um nono parágrafo: *Apêndice sobre o Desenvolvimento Posterior da Tópica*. A edição brasileira de 2008 é uma tradução da quinta edição alemã. No referido apêndice (§ 9º), Viehweg faz um contraponto de sua teoria e de suas perspectivas após vinte anos de publicação da primeira edição. É uma resposta aos críticos de sua teoria sobre o Direito – retomada do pensamento tópico sistematizante que surgiu com a Era Moderna.

Fundada em “topos” que significa “lugar comum”, a teoria dos *loci* tem larga acolhida na ciência jurídica, dialética e argumentativa. Quanto mais forte e adequada for a tese defendida, com fundamento nas opiniões generalizadamente aceitas na sociedade, maior será a segurança e a certeza que todos almejam.

Passa-se agora a examinar a “Tópica e a Jurisprudência”, conforme constam da obra de Viehweg.

Em 1708, Vico elaborou a dissertação “O modo de estudar de nosso tempo” que acenou para “a conciliação do antigo e do moderno modo de estudar” e indicou a Física, a Análise (Aritmética), a Medicina, a Moral, a Arte Poética, a Teologia, a Prudência e a Jurisprudência, especialmente (VIEHWEG, 2008, p. 7).

As ideias principais de Gian Battista Vico foram postas a partir de alguns pontos conforme examinado por Viehweg, quais sejam: 1) a dissertação examina a conciliação entre dois métodos científicos de estudo, a saber: o antigo método – o retórico (tópica) – base, Cícero; o moderno método – crítica (cartesiana), base – Descartes. O primeiro é uma herança da antiguidade, transmitida por Cícero. Seu ponto de partida é o senso comum – *commom sense* – que manipula o verossí-

mil – *verissimila* – mediante a contraposição de pontos de vista, segundo os cânones da tópica retórica e uma rede de silogismos.

O método crítico ali abordado teve como ponto de partida um *primum verum*, que não pode ser anulado pela dúvida. O seu desenvolvimento se dá através de uma longa cadeia dedutiva, à maneira da geometria.

Para Vico, as vantagens deste novo método estariam na agudeza e na precisão da conclusão, caso o *primum verum* seja o mesmo *verum*. As desvantagens, entretanto, predominam, consistindo no “prejuízo de um exatamente menos profundo, o enfraquecimento da fantasia e da retenção mnemônica, a pobreza da linguagem, e a imaturidade do juízo, em síntese: a degeneração humana”, o que, para Vico pode ser evitado pela tópica retórica, pois esta ensina a considerar um estado de coisas de ângulos diversos, e a encontrar uma quantidade de pontos de vista (VIEHWEG, 2008, p.19).

Nos argumentos sofísticos está a tópica, que é um estado anterior à ciência da lógica. A tópica e os argumentos sofísticos pertencem à dialética, não ao apodítico. Aristóteles na sua doutrina preocupa-se com a verdade e não com a mera opinião. A expressão *topói* consta da tópica de Aristóteles no fim do primeiro livro. A tópica é o tópico do mais e do menos, um silogismo ou entinema (VIEHWEG, 2008, p. 21-25).

A tópica é uma técnica do pensamento orientada para o problema ou a tópica é a técnica do pensar problemáticamente. O célebre modo de trabalho aporético (Aristóteles) foi exemplar para a filosofia moderna, sendo que a aporia – no contexto em comento – designa a questão que se coloca e não se esclarece (a falta de um caminho). É o *dubitatio* (Boezio). O pensamento tópico auxilia a interpretação (VIEHWEG, 2008, p. 33-43).

Cumprе sinalizar que não existem apenas os *topoi* de Aristóteles e de Cícero, aplicáveis universalmente. Há os *topoi* aplicáveis a uma determinada área do saber, os *topoi* e os catálogos de *topoi*, que têm a função de estabelecer uma compreensão, uma maneira de perguntas e respostas adequadas e flexíveis (VIEHWEG, 2008, p. 38-43).

Os conceitos e as proposições são elementos de um pensamento tópico. Uma compreensão sistemática com o significado de proposição sistemática não indica o critério sistemático utilizado. Quanto mais se concebe o sistema como sistema argumentativo, mais se vê sua contraposição com a espiritualidade. A “precedência do problema tem como efeito que os conceitos e as proposições que se vão desenvolvendo não podem ser submetidos pela sistematização” (VIEHWEG, 2008, p. 53).

A tópica prestou grandes serviços à jurisprudência, mas tem impedido que a jurisprudência se converta em método. Só é método se for procedimento, e se assim o for, deverá ser controlável, e estabelecer um texto argumentativo claro mediante um sistema dedutivo. Ora a jurisprudência não tem um método, mas tem um estilo (VIEHWEG, 2008, p. 77).

Há um estilo de pensamento que se realiza sob duas possibilidades. Em caso de êxito, obtém-se uma disciplina que realiza o ideal lógico de uma ciência – da ciência à técnica. Entretanto, pode-se torná-la similar ao objeto da ciência – a construção da técnica. (VIEHWEG, 2008, p. 81).

Aplicando tais ensinamentos à disciplina jurídica, tem-se uma ciência do direito (VIEHWEG, 2008, p. 81). A axiomatização basta para compreender a argumentação jurídica. Entretanto, isto não implica que se formalize o pensamento jurídico para a automatização da ciência do direito.

Uma “ciência do direito que pretenda desenvolver uma cientifização da técnica jurídica e que se concebe como tal ciência, tem que andar, pois, pelo caminho indicado para o fim”. A busca da sistematização deve considerar a perspectiva tópica (VIEHWEG, 2008, p. 92-93).

É aceitável que uma disciplina jurídica eleja seus pontos de vista. Elegem-se uns em detrimento de outros. Uns adquirem importância, maior ou menor, que podem ser alteradas. Quando isto acontece sua recepção é facilitada pela legislação ou, ainda, de uma forma imperceptível, pela via da interpretação (VIEHWEG, 2008, p. 95).

Na arte do direito, a construção do direito ganha assim uma continuada rigidez (permanecendo os pontos de vista), ou sofre, continuada flexibilidade. No primeiro caso tem-se a sistematização; no segundo, porque não podem encontrar-se princípio que seja seguro e fecundo, só é possível uma discussão de problemas. É a situação da jurisprudência (VIEHWEG, 2008, p. 95-97).

Descobrir na tópica a estrutura da jurisprudência representa a essência da obra viehweghiana. O pensamento “...se é certo que a tópica é técnica do pensamento problemático, a jurisprudência, como técnica que está ao serviço de uma aporia, deve corresponder com os pontos essenciais da tópica” (2008, p. 97)

Na tópica está a estrutura da jurisprudência. Isto significa que o ordenamento jurídico submete-se à eleição dos aspectos históricos. Os conceitos e as proposições da jurisprudência são utilizados segundo sua vinculação com o problema. Qualquer outra deve ser evitada.

Da mesma forma, o ordenamento jurídico procura ajustar a pretensão – nem sempre alcança tal objetivo – e as partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e suas proposições permanecem vinculadas com o problema e são compreendidas a partir dele.

O ideal do ordenamento jurídico – que é ser justo – alcança a estrutura geral da jurisprudência, a qual é determinada pelo problema.

A obra de Viehweg também aborda uma questão de real significado para o estabelecimento do direito privado. Gustav Hugo (1764-1844) e Walter Burckhardt referem que tal estabelecimento há de se dar segundo uma eleição histórica de um ordenamento apto às exigências da justiça, a “permitir a participação imediata de cada membro da comunidade jurídica na ordem da convivência social”, *i.e.*, a autonomia privada (VIEHWEG, 2008, p. 98).

Afinal, qual é e o que é o direito privado que se busca na aceção da obra em análise?

Viehweg aponta que “podemos ordenar, comparar e conceber a massa de conhecimentos de direito privado como uma série de respostas históricas a determinadas perguntas permanentes sobre um determinado conjunto de problemas e julgar dentro deste marco sua estrita legalidade e exatidão” (2008, p. 98).

Ao círculo dos problemas, tem-se o negócio jurídico – ao círculo da legalidade e exatidão, tem-se a perturbação do tráfico. Cada um corresponde a seis questões, que “se encontram numa fixa relação de construção” (VIEHWEG, 2008, p. 98). Dando respostas a cada uma, o legislador cria o Código Civil.

Desta forma tem-se que as proposições do direito privado positivo decorrem da dicotomia pergunta-resposta, que tem respostas históricas para um conjunto de problemas.

Ocorre, tudo se orienta de um modo organizado para a aporia fundamental, que encontra sua formulação na pergunta do ordenamento justo, e conduz a entender o direito positivo, em sua função de resposta, e parte integrante da busca do direito (VIEHWEG, 2008, p. 99).

Assim, sob a dimensão da obra viehweghiana a estrutura da jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema, o que pode delimitar e influir no âmbito de uma disciplina especial. Toda organização de uma disciplina jurídica, parte do problema. Resumidamente, o projeto de Walter Wilburg (1905-1991) aponta igualmente para um catálogo de tópicos.

A proposta de Viehweg representou uma reviravolta no pensamento jurídico de então, e fez com que o debate sobre os valores, ressurgisse em sua completude, corrigindo o normativismo, que, embora admitisse o potencial criativo do juiz, ao mesmo tempo oportunizava uma gama extremada de discricionariedade.

3 A TÓPICA VIEHWEGHIANA EM DEBATE: A RUPTURA COM A RACIONALIDADE SISTEMÁTICA DA NORMATIVIDADE

Para Theodor Viehweg, a tópica é uma alternativa ao formalismo excessivo das concepções do positivismo jurídico. Por quê?

A crise do positivismo instalou a discussão da crise no Direito. A arte retórica serviu de base para a eclosão da crise do positivismo kelseniano, calcado na ideia legalista. A sociedade perplexa das

consequências da ordem política e totalitária nazista, onde reinava o paradigma jurídico, neokantiano, vigente então, viu nascer com Theodor Viehweg uma nova forma hermenêutica, que sucedeu a matriz lógico-hipotética.

A importância de Viehweg foi ímpar para o desenvolvimento da teoria geral do Direito. Foi a partir da tópica viehweghiana que advieram os grandes pensadores do pós-positivismo contemporâneo, a exemplo de Perelman, Dworkin, Alexy, Häberle e Müller.

A teoria da norma de Kelsen, eleita a partir do método sistemático-cartesiano, buscou uma ciência “pura” do direito, da mesma forma que isolou de seu conteúdo a questão da justiça, enquanto valor, e frente ao caos decorrente da Segunda Guerra Mundial fez ressurgir, no pensamento jurídico de então, o debate sobre os valores, até aquele momento relegado a segundo plano. Entretanto, Viehweg dá razão às possibilidades interpretativas, dependentes, da razão subjetiva do magistrado.

Viehweg aponta duas ideias contrárias: o silogismo normativo e o discurso dialético-histórico. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, assevera que “[...] Viehweg nota, diante deste problema, que o pensamento teórico do jurista elabora também enunciados que se relacionam à práxis jurídica, mas que têm uma natureza peculiar...” (1979, p. 3).

A proposta viehweghiana modificou e muito o formalismo excessivo do positivismo jurídico, vez que, “ao se deparar com casos concretos, o juiz tem o seu instrumental decisório limitado ao arcabouço normativo disponível no ordenamento jurídico, o qual nem sempre se mostra suficiente para dar uma solução satisfatória para os problemas” (MENDONÇA, 2006, p. 841).

O pensamento tópico auxilia a interpretação. O método tópico de interpretação constitucional situa-se no campo da retórica, ou seja, na arte da discussão e pressupõe uma pluralidade de intérpretes. Os intérpretes utilizam-se de vários *topoi* ou pontos de vista, sujeitos a serem legitimados como premissas, visando resolver o problema por meio da interpretação mais adequada ao problema, ou, mais razoavelmente justa. Os *topoi* servem de orientação ao intérprete; consti-

tuem um guia de discussão dos problemas e; permitem a decisão do problema jurídico em discussão (LEITE, 2000, p. 43).

Na resolução dos problemas, a tópica fornece base para um tipo de raciocínio jurídico cuja base de resolatividade e aplicabilidade está no próprio problema. A síntese da tópica jurídica, contraposta com a aplicação do positivismo assentado no ordenamento jurídico, está no raciocínio do Direito aplicado ao problema, ao caso concreto. Assim, há na normatividade do ordenamento jurídico um conjunto de normas, fechadas, e que merecem interpretação a partir delas. Para a tópica, isto é um ponto a considerar, se o problema exigir, sob pena de macular a solução do caso, impondo um grau de resolatividade mínima e, provavelmente não satisfatória.

A distinção da concepção positivista do ordenamento jurídico e a visão tópica proposta por Viehweg é que na tópica o conjunto de normas jurídicas estaria em constante mutação, podendo ser ampliado ou sofrer restrições, conforme as necessidades surgidas no curso do processo de aplicação do Direito (MENDONÇA, 2006, p. 841).

A tópica parte dos problemas e, assim, serve para resolver aporias, vale dizer, dúvidas impossíveis de serem afastadas, se configurando, destarte, num modo de pensar aporético; contraposto ao modo de pensar sistemático.

Se a ênfase é posta no sistema, então se realiza uma seleção dos problemas e, assim, os que não recaem sobre eles são afastados e ficam simplesmente insolúveis. Se, pelo contrário, a ênfase é posta no problema, então se trata de buscar um sistema que ajude a encontrar a solução.

O problema leva a uma seleção de sistemas e, em geral a uma pluralidade deles, com a noção de “sistemas abertos”, nos quais os pontos de vista não são adotados de antemão. A noção de “sistema”, na ciência do Direito, foi dignamente explanada por Claus-Wilhelm Canaris (1996).

Viehweg foi pioneiro em apontar um novo caminho na medida em que propõe a tópica como uma alternativa para a aplicação do direito. Do ponto de vista histórico ele resgata o pensamento

de Gian Battista Vico, mas cientificamente atualiza tal trabalho na medida em que o apresenta para os da sua contemporaneidade. Vejamos.

Uma contribuição ao aperfeiçoamento e desenvolvimento construtivos perene da Jurisprudência. É vivamente atual, pois tem o mérito de ter redescoberto a presença da fundamentação tópica no âmbito jurídico. (SILVA, 2008, p. 11)

Diante de uma cultura ocidental, preponderantemente ancorada no método axiomático-dedutivo, Viehweg foi duramente criticado. É preciso dizer que o pensamento humano conserva intrinsecamente “matematizado” (ou é verdadeiro, ou é falso; ou é sim; ou não).

Segundo a proposta viehweghiana, o método dedutivo leva o Direito a um estado tal de engessamento, que, em certos casos, ter-se-ia o estabelecimento da proibição de interpretar as normas, permitindo o *non liquet* e uma contínua intervenção do legislador.

Exageros à parte, o método dedutivo, evidentemente, é falível e lacunoso, exurgindo a tópica como uma das – frise-se bem – possíveis soluções deste “tornar necessário do pensamento humano” (SILVA, 2008, p. 11), como forma de manifestação da incessante busca do justo, da qual emana o direito positivo e que continua apresentada pelo direito positivo.

De relação à questão dos valores, em essência o da justiça (sem que isto, em tese, implique um abandono aos critérios da segurança e certeza), a aporia fundamental tópica é o problema de se determinar o que é o justo aqui e agora na temporalidade do presente.

Viehweg traduz para o contexto moderno do século XX a tópica, reabilitada em sua essência. Os tópicos são premissas compartilhadas que gozam de presunção de plausibilidade ou que, ao menos, passem aos ouvintes uma dada carga de verossimilhança argumentativa. Por não estarem hierarquizadas entre si, para um mesmo problema, mister se faz utilizar tópicos distintos; daí surgindo, portanto, resultados distintos.

Frente as muitas posições da doutrina quanto à tópica, têm-se que os tópicos específicos, relativos a uma dada segmentação do pensar humano, são a origem do que Dworkin renomearia, em outro contexto, de “princípios gerais” (1995); e que Alexy (2006) tentou hierarquizar por meio de uma estrutura procedural.

A tópica em contato com a premissa dos problemas decorrentes, são definidos por Viehweg, a exemplo de Ronald Dworkin (2007), como “*hard cases*” (casos difíceis), ou seja, aquelas questões que aparentemente permitem mais de uma resposta e que sempre exigem um entendimento preliminar, de acordo com o qual assumem o aspecto de questões que precisam ser consideradas com seriedade e para o qual é preciso se buscar uma única resposta como solução.

Dada a integridade do sistema jurídico, Dworkin entende que sempre seria possível uma única resposta correta. Tal ideia será criticada e reformulada por Robert Alexy.

A noção de “sistema” foi explanada por Claus-Wilhelm Canaris (1996). Segundo Canaris, na ciência jurídica, o uso da tópica é impraticável na medida em que se liga na retórica. Assim, é inadmissível a afirmação na qual as premissas fundamentais são legitimadas através do parceiro, pela via da argumentação. Para os juristas, tais premissas não de ser determinadas pelo direito objetivo, em especial através da lei.

Canaris (1996), na sua teoria evolutiva dos sistemas, aponta uma insuficiência da tópica perante o problema da validade e da adstringibilidade jurídicas. Quer isto dizer que, a tópica apenas pode levar à verdade, porque fulcrada em pontos de vista de múltipla utilização, portanto, manipuláveis. Então, a oposição entre o pensamento dogmático-sistemático e a tópica não é, exclusivista; ao contrário, são autocomplementares e interpenetráveis.

Desta forma, tem-se que sempre restaria a incerteza, para o sistema jurídico. Por isto, no sentido de que a relevância da tópica viehwegiana somente é visível nos locais onde faltam valorações legais, talvez não haja espaço para o pensamento sistemático.

Nedel refere

O modo de pensar tópico recuperado por Viehweg significa [...] uma ruptura com a racionalidade sistemática da modernidade, que procurou impor, através de uma axiomatização dedutivista, os princípios universalizantes da dogmática metafísica objetificante instaurada por Descartes”... (2006, p. 221)

E conclui, seguindo o raciocínio de Viehweg, “Para que se justifique um sistema jurídico com a exclusão da tópica e da interpretação, exigir-se-ia dele uma perfeição lógica... Um rigor axiomático absoluto [...]” (NEDEL, 2006, p. 221).

Outra importante crítica à tópica pura de Theodor Viehweg decorre de Manuel Atienza (2002), as quais podem ser estabelecidas em face das imprecisões conceituais. Neste sentido, as noções básicas da tópica seriam extremamente imprecisas e, inclusive, equivocada.

Segundo Atienza (2002), termos como “tópica”, “problema”, “lógica” e “sistema” são sempre vagos, imprecisos ou ambíguos.

A riqueza histórica da tópica e da lógica, notadamente a eclosão do moderno movimento tópico (retórico) coincidiu com o afastamento da lógica formal-axiomática. Neste sentido, a tópica, também chamada de lógica “informal” ou “material”, ressurgiu no exato instante em que toma corpo uma teoria analítica, apartada dos métodos lógico-formais, para Larenz (1997).

Assim, na concepção de Atienza (2002), paralelamente ao “esquecimento” da lógica axiomática, a mesma sorte teria a tópica; ao contrário do defendido por Viehweg. A prova de tal constatação estaria no fato de que, bastaria observar, mesmo nas ciências naturais, o contínuo uso da lógica e do método dedutivo. Fato que se estende e perdura na contemporaneidade.

Conclusivamente, para Atienza (2002), o modelo tópico de ideal justo seria ingênuo, na medida em que a jurisprudência, objeto de análise do modelo viehweghiano, deveria buscar soluções justas a partir de conceitos e proposições extraídos da própria justiça.

Chaïm Perelman (1999), ao se apropriar do modelo viehweghiano, salienta que a nova retórica adota uma noção de justiça, mesmo que tal termo tenha nítido sentido particular e subjetivo, conforme a determinação da lei, em que conste ligado ao conceito de equidade. Perelman aduz que “Se o sentido é obra humana e não a expressão de uma realidade objetiva, o principal perigo que se deve combater é o conflito das subjetividades, resultante da profusão de regras arbitrárias” (1997, p. 25).

Da mesma maneira, ao distinguir a lógica da retórica, Perelman indica que, na acepção da lógica sempre se raciocina no interior de um dado sistema, que se supõe aceito, enquanto que na argumentação retórica, tudo sempre pode ser questionado; pode-se retirar a adesão – o que se concede é um fato e não um direito. (1997, p. 77).

Como perspectiva pós-positivista, atrelada à ideia de “norma”, a tópica se legitima pelo convencimento e fortaleza dos argumentos a projetar nos interlocutores, seja em auditórios particulares, seja no “auditório universal”, conforme Perelman (1997, p. 78), como ideia regulativa e com pretensão de universalidade.

Aqui se chega ao ponto central deste item da presente pesquisa, qual seja, a discutibilidade do *status* da tópica como teoria de argumentação jurídica, e, portanto, como modelo ou representação de ruptura em face da produção sistemática da normatividade.

Ora, a tópica, por si só, não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica, enquanto teoria discursiva. A generalidade do *topoi* não permite a análise necessária na estrutura hierarquizada da metodologia jurídica, a ponto de dar uma resposta definitiva à questão da racionalidade das decisões jurídicas.

Com isto se quer dizer que a tópica possui um sistema próprio de signos e elementos a lhe conferir uma identidade singular, mesmo assim, a tópica pode ser considerada um “estilo”, ou um “modelo de razão prática”.

Conclusivamente, a tópica em contato com a prática, com o fato, ainda que dela lhe retire o caráter de uma “teoria científica”, pressupõe especial ênfase para a força argumentativa. Negar-lhe

a condição de prática argumentativa é inadmissível. O argumento para a tópica tem o valor de vida ou morte. Isto é um argumento?

Em que pese a tópica usufruir de especial sentido à questão argumentativa, em contato com a prática, ainda que lhe seja negada a condição de teoria científica, o argumento para a tópica tem o sentido de vida ou morte, nascer e viver. Instala-se assim, o conflito no modelo atual da produção normativa.

A proposta tópica de Viehweg, tendo sido definida com a Era Moderna, enfrenta o fato de que a racionalização do estudo do Direito, pelo método dedutivo, buscou substituir o estilo tópico por uma ordem lógica, definida em torno de deduções.

Ainda que tal possa estar acontecendo, é “inegável o caráter tópico do procedimento de adequação da norma ao caso. Trata-se de um processo que passa pela eleição da regra jurídica hábil a solucionar determinado problema” (MENDONÇA, 2006, p. 827).

Têm-se então que a proposta de Viehweg, tendo representado uma reviravolta no pensamento jurídico de então, fez com que o debate sobre os valores ressurgisse em sua completude, corrigindo o normativismo, que, embora admitisse o potencial criativo do juiz, ao mesmo tempo oportunizava uma gama extremada de discricionariedade.

A eliminação das certezas decorrentes da plenitude da racionalidade que sustentam o convencimento é configuradora da tutela de uma possibilidade de direito pleno. O juízo ideal, coerente com o sistema do direito, refere-se à produção da normatividade, e que esta se apresente com um mínimo de justeza de controle, portanto, sinalizadora da vontade da lei, dignas representantes da atividade interpretativa e da argumentação jurisdicional.

Habermas anota que “a racionalidade da ação mede-se pelos *standards* comuns – pela consistência lógica, pelos princípios gerais do agir orientado pelo sucesso e pela consideração de evidências empíricas” (2007, p. 72).

O dar-se conta deste controle, impõe limites e confere lugar à busca de um sentido para a produção normativa. O mundo da von-

tade da lei, e, da mesma forma, a razão irrompe na relação sujeito-sujeito, pela via do paradigma da tópica.

Santos (1999, p. 10) sobre a questão da racionalidade da ciência infere que seu modelo, inaugurador da ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI.

Considera Neves (1993, p. 97) que o pensamento jurídico está em crise porquanto terminou o sistematismo dogmático-conceitual, característico do normativismo legalista assente no século XIX.

Instalado o modelo de racionalidade científica, os novos senhores do conhecimento, e dentre eles os juristas, sob o prisma de sua autoridade racional-mecanicista-cientificista separam o conhecimento dito científico dentre os demais e dá a ele uma verdade, cujo significado é a cisão do conhecimento científico do senso-comum, a teoria da prática, o certo do errado, o direito da lei, a teoria da prática, o preto do branco.

Tais valores tendo atingido a experiência jurisprudencial dão a ela a reprodução da vontade da lei ou a ofensividade da lei, dependendo do lugar que se ocupa na relação processual.

Tais acepções justificam que os sujeitos buscam na lei um sentido unívoco. Portanto, partem da ideia de que a interpretação do texto normativo pressupõe uma única, fiel e correta alternativa. Todas as demais possíveis e prováveis interpretações seriam representativas de criações arbitrárias e ideológicas, ilustradora da justiça tirânica apontada por Agnes Heller (1990, p. 151), e da mesma forma, criadora da “norma”.

A estruturação do Direito como um todo, por mais que não se pretenda ou não se reconheça a sua sistematização, relaciona-se com as premissas de sua cartilha de direitos colocados a mercê de seu estado de positivação. Assim, no Direito, o que se verifica na prática é uma frequente adoção de raciocínios tópicos, característico do catálogo de *topoi*, possível em um sistema flexibilizado.

A interpretação e a aplicação do Direito não hão de estar adstrita unicamente a um catálogo inserido e representativo do ordenamento jurídico fechado de tal sorte que a sua alteração somente

seja oportunizada pela ordem e técnica legislativa regular, notadamente nos dias atuais onde as mudanças são céleres e cobram mudanças urgentes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa examinou a obra *Tópica e Jurisprudência* na dimensão da matriz teórica de Theodor Viehweg, seguindo o propósito de pensar sobre a tópica, notadamente em torno do debate instalado em face da racionalidade sistemática da normatividade porquanto – ruptura (ou não) – ao modelo moderno de produção da norma e seus reflexos no sistema de produção do Direito.

Em razão de necessária delimitação do tema, optou por pesquisar a tópica no que se refere a sistemática de produção normativa, em face da matriz tópica viehweghiana na dimensão de apresentar um debate sobre os referenciais teóricos que se propuseram a enfrentar a problemática, tais como Manuel Atienza, Chãim Perelman e Dworkin, apontando as influências na forma como são produzidas as normas, e no processo de perceber o direito, porquanto estrutura e função de pensar o direito – o que se tem e o que se busca.

Viu-se que a tópica de Cícero é inferior à de Aristóteles, mas ela teve maior influência histórica. Foi escrita em 44 a.C. e 300 anos após Aristóteles. Em Aristóteles têm-se a distinção entre o apodítico e o dialético, em Cícero a teoria do discurso tem duas partes, a invenção e a formulação do juízo, enquanto que, em Aristóteles tem-se a teoria dialética (arte retórica), em Cícero, um catálogo de *topoi*. É justamente este catálogo de *topoi* que foi apresentado por Vico e redefinido pela doutrina de Theodor Viehweg.

Depois de mais de vinte séculos, Theodor Viehweg resgata a discussão da tópica aristotélica, questionando o modelo normativista da Escola de Viena, baseado no silogismo hipotético-dedutivo, que despreza todo e qualquer elemento valorativo de seu campo de atuação e apresenta uma nova dimensão para o paradigma hipotético-dedutivo, que (re)encontra na Tópica neoaristotélica de Theodor Viehweg a sua redefinição.

A lógica-formal da dogmática jurídica tradicional não correspondendo, de maneira eficaz, à questão da razoabilidade exigida nas soluções dos problemas jurídicos, foi reexaminada por Viehweg e uma nova fórmula foi lançada para “solução” e “interpretação” da estrutura da jurisprudência, partindo-se da indicação de Gian Battista Vico. De tal encontro surge uma nova dimensão de analisar a questão jurídica, a qual é apresentada pela tópica viehweghiana.

A proposta de Viehweg representou uma reviravolta no pensamento jurídico de então, e fez com que o debate sobre os valores ressurgisse em sua completude, corrigindo o normativismo, que, embora admitisse o potencial criativo do juiz, ao mesmo tempo oportunizava uma gama extremada de discricionariedade que sustenta e ampara a racionalidade moderna e a crise do projeto de normatividade, envolvendo a sua racionalidade.

A pesquisa foi examinada em três pontos sustentadores da problemática da produção normativa, sob a dimensão da ruptura (ou não) em face da racionalidade sistemática da normatividade, tendo como base a tópica viehweghiana. Em um primeiro momento foi analisado os fatos históricos que serviram de formação para a tópica; após, foram apresentados a concepção e os fundamentos da referida tópica de acordo com os pressupostos apontados por Theodor Viehweg, tendo como base a obra *Tópica e Jurisprudência*; e, por fim, no terceiro momento, apresentou-se um debate sobre a Tópica Viehwegiana em face da (não) ruptura da racionalidade sistemática da normatividade.

Também foi apresentada uma breve conclusão em torno das reflexões da pesquisa, sobretudo a reviravolta da teoria viehweghiana plasmada no pensamento jurídico que formalizou uma nova fórmula para a “solução” e “interpretação” da estrutura da jurisprudência, a qual, em conjunto com a tópica, proporciona uma redefinição na análise dos problemas jurídicos, tendo em vista a crise do projeto de Direito da modernidade.

Desta forma, o cenário da questão, quer na concepção da doutrina especializada, ou dos comentadores da tópica, serviram de pressuposto para a apresentação e discussão da problemática, e, com este sentido recorreu-se à produção da normatividade, e o

estado de seu debate perante a comunidade doutrinária para aproximar a discussão – em duas dimensões: contrapôs-se o paradigma da racionalidade (instrumental da modernidade) porquanto alternativa de produção da normatividade e seus reflexos na produção do Direito, com a Teoria de Theodor Viehweg.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. espanhola de Manuel Atienza; Isabel Espejo. 1ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s/d].

BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. *Revista de Direito Público*, n. 98, ano 24, p. 4-11, abr./jun. 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Trad. portuguesa de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. 1.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. A tópica neoaristotélica de Theodor Viehweg: uma análise crítica de Manuel Atienza. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 535, 24 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6094>>. Acesso em: 11 out. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de De J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. Prefácio à tradução brasileira. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo)

HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Editorial Crítica, 1990.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, George Salomão. Do Método Tópico de Interpretação Constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=34>>. Acesso em: 11 out. 2007.

MENDONÇA, Paulo Roberto S. Verbete “Theodor Vieweg”. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEDEL, Antonio. *Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, A. Castanheira. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito – Studia Jvrídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *Retóricas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, Kelly Susane Alften da. Prefácio à tradução brasileira. In: VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 11. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico- científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.



Ismael Francisco de Souza

Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), professor de Direito da Criança e do Adolescente, e Sociologia do Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC); pesquisador do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC); e do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC); membro do Instituto Ócio Criativo.

Reginaldo de Souza Vieira

Mestre em Direito pelo CPGD-UFSC. Doutorando em Direito Constitucional pelo CPGD-UFSC. Professor de Direito Constitucional, Direito Partidário, Direito Eleitoral e Direito Sanitário no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Professor de cursos de Pós-graduação. Pesquisador e Líder do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC).

Advogado. Co-organizador com Antonio Carlos Wolkmer da obra Estado, Política e Direito: relações de poder e políticas públicas, publicado em 2008 pela Editora UNESC. Autor de capítulos de livros e de artigos científicos publicados em revistas e em eventos científicos.



ISBN 978-85-88390-69-0

