

Laércio Fidelis Dias
Ricardo Pinha Alonso
Ricardo Bispo Razaboni Junior
(Organizadores)

Novos Direitos na Contemporaneidade

vol. I

Laércio Fidelis Dias é natural de São Paulo/SP, Doutor em Antropologia Social (USP), Professor na Universidade Estadual Paulista (Unesp/Marília), no PPGCA-Unesp/Sorocaba e Diretor do Departamento de Proteção ao Patrimônio Afro-Brasileiro (DPA), Fundação Cultural Palmares (FCP), Ministério do Turismo (MTur).

Ricardo Pinha Alonso é Doutor em Direito do Estado (PUC/SP), Professor Titular nas Faculdades Integradas de Ourinhos, e, no Programa de Pós-graduação em Direito, mestrado e doutorado, na Universidade de Marília (Unimar) e Procurador do Estado de São Paulo.

Ricardo Bispo Razaboni Junior é Mestre em Teoria do Direito e do Estado (Univem-Marília/SP), doutorando em Ciências Jurídicas (UENP), Professor de Direito Constitucional na Anhanguera (Assis/SP), da Pós-graduação em Direito Constitucional da Faculdade ProMinas, e coordenador do Curso de Direito da Anhanguera (Assis/SP).



**CULTURA
ACADÊMICA**
Editora

NOVOS DIREITOS NA
CONTEMPORANEIDADE, VOL. I

LAÉRCIO FIDELIS DIAS
RICARDO PINHA ALONSO
RICARDO BISPO RAZABONI JUNIOR
(Organizadores)

NOVOS DIREITOS NA
CONTEMPORANEIDADE, VOL. I

Marília/Oficina Universitária
São Paulo/Cultura Acadêmica

2021



CULTURA
ACADÊMICA 
Editora

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS - FFC
UNESP - campus de Marília

Diretor

Prof. Dr. Marcelo Tavella Navega

Vice-Diretor

Dr. Pedro Geraldo Aparecido Novelli

Conselho Editorial

Mariângela Spotti Lopes Fujita (Presidente)

Adrián Oscar Dongo Montoya

Andrey Ivanov

Célia Maria Giacheti

Cláudia Regina Mosca Giroto

Marcelo Fernandes de Oliveira

Neusa Maria Dal Ri

Renato Geraldi (Assessor Técnico)

Rosane Michelli de Castro

Ficha catalográfica

Serviço de Biblioteca e Documentação - FFC

N945 Novos direitos na contemporaneidade, vol. 1 / Laércio Fidelis Dias, Ricardo Pinha
Alonso, Ricardo Bispo Razaboni Junior (organizadores). – Marília : Oficina
Universitária ; São Paulo : Cultura Acadêmica, 2021.

260 p.

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5954-098-3 (v. 1) (Impresso)

ISBN 978-65-5954-099-0 (v. 1) (Digital)

DOI <https://doi.org/10.36311/2021.978-65-5954-099-0>

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3. Civilização moderna – Séc.
XXI. 4. Conflito de interesses. 5. Valores. 6. Ética. I. Dias, Laércio Fidelis. II. Alonso,
Ricardo Pinha. III. Razaboni Junior, Ricardo Bispo.

CDD 323.4

Copyright © 2021, Faculdade de Filosofia e Ciências

Editora afiliada:



Associação Brasileira de
Editoras Universitárias

Cultura Acadêmica é selo editorial da Editora UNESP
Oficina Universitária é selo editorial da UNESP - campus de Marília

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Renata Russo Rufino ----- 9

APRESENTAÇÃO

*Laércio Fidelis Dias, Ricardo Pinha Alonso e
Ricardo Bispo Razaboni Junior*----- 13

1. “A PRÁTICA DO RODEIO COMO DIREITO À MANIFESTAÇÃO CULTURAL EM SUPOSTA COLISÃO COM A GARANTIA DE PROTEÇÃO DA FAUNA COMO DIREITO DIFUSO E COLETIVO”

Giwana Parra Gimenes da Cunha e Roberto da Freiria Estevão----- 19

2. “O CASO NARUTO E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”

Thiago Medeiros Caron ----- 37

3. “A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO REGULADOR DO SISTEMA NORMATIVO DE AGROTÓXICOS”

Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro e Larissa Fatima Russo Françoze ----- 53

4. “EUGENIA: ASPECTOS LEGAIS À LUZ DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO”

*Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã, Giovanna Soares Nutels e
Mário Furlaneto Neto* ----- 67

5. “UMA REFLEXÃO SOBRE A FALÊNCIA DO CONTRATO SOCIAL DE ROUSSEAU” <i>Luiz Gustavo Boiam Pancotti e Fábio Luís Binati</i> -----	81
6. “A CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF À LUZ DA TEORIA DA DERROTABILIDADE NORMATIVA” <i>Ana Cristina Lemos Roque e Luciano Macri</i> -----	95
7. “A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ELEMENTOS, NATUREZA JURÍDICA E O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA” <i>Araí de Mendonça Brazão e Marco Aurélio de Castro</i> -----	109
8. “GARANTISMO PENAL INTEGRAL: O INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO SUFICIENTE E EFICAZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS” <i>Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro e Roberto da Freiria Estevão</i> -----	125
9. “LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO PELA POLÍCIA MILITAR COMO RESULTADO DE EFEITOS ‘DROMOLÓGICOS’” <i>Murilo César Antonini Pereira e José Eduardo Lourenço dos Santos</i> -----	141
10. “DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA: UNIFICAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR BRASILEIRA” <i>Henrique Hatum Fernandes; Victor José Amoroso de Lima e Mário Furlaneto Neto</i> -----	157
11. “A IMPOSSIBILIDADE DE ELIMINAÇÃO DOS CONFLITOS PELO DIREITO” <i>MÁRIO LÚCIO</i> <i>Garcez Calil e Daniele Silva Lamblém Tavares</i> -----	171
12. “UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DISPENSADO À LOUCURA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS” <i>Eliane Cristina Rezende Pereira e Sérgio Leandro Carmo Dobarro</i> -----	183
13. “ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE A CONSTRUÇÃO DO INDIVÍDUO SOCIAL” <i>Melissa Zani Gimenez e Vitória Moinhos Coelho</i> -----	199

14. “TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NO MERCADO DE TRABALHO: REINserÇÃO SOCIAL E EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA”
Fernando de Brito Alves ----- 213
15. “‘LUTA POR RECONHECIMENTO’: O CASO KAYAPÓ MÊTYKTIRE”
Michelle Carlesso Mariano e Alessandro Mariano Rodrigues ----- 231
16. “A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A AGÊNCIA INTERNACIONAL UN ENABLE”
Lucas Emanuel Ricci Dantas ----- 245

PREFÁCIO

O texto que aqui apresento para o prefácio de *Novos Direitos na Contemporaneidade*, vol. I lança o desafio de pensar o que há de novidade naquilo que se chama de direito nesta época contemporânea. O desafio tornar-se ainda maior, e por que não, até certo ponto, intimidador, tendo em vista a gama variada de temas e abordagens que perpassa os dezesseis capítulos da obra. Uma vez aceito o convite para prefaciá-lo, porém, e já iniciada a redação, não me resta outra saída a não ser seguir adiante.

Mas, mesmo após uma golfada de coragem, o desafio persiste. Como apresentar uma obra tão rica, vasta em seus temas e abordagens, tendo por denominador comum novos direitos contemporâneos? Afinal de conta, o que são estes novos direitos? Creio que a resposta está em situar a reflexão aqui proposta num contexto de avento do Estado constitucional e, por conseguinte, de uma tentativa de superar o positivismo jurídico.

Um Estado constitucional possui como característica crucial a soberania popular, isto é, sua constituição advém da vontade do povo. A democracia representativa e participativa, bem como um sistema de garantia

dos direitos humanos são outra característica deste Estado constitucional que imediatamente liga-se à primeira.

Por sua vez, o positivismo jurídico fia-se a uma corrente da filosofia do direito que busca reduzi-lo àquilo que está posto e positivado. É uma perspectiva que identifica o direito com as normas jurídicas efetivamente estabelecidas pelas autoridades que possuem o poder político de impô-las.

Neste sentido, o advento do Estado constitucional, contexto que parece ser a exata moldura histórica na qual se situam os artigos desta coletânea, busca restabelecer no âmbito do direito o diálogo com outros sistemas normativos não necessariamente de natureza jurídica, por exemplo, a moral, a ética, a bioética, a medicina, a política, a cultura e assim por diante, sempre à luz, no contexto brasileiro, dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Neste sentido, os novos direitos contemporâneos são o próprio direito, ou a norma jurídica, aberta ao diálogo com os demais sistemas normativos que perpassam a sociedade.

Pensar o direito, no entanto, é pensar a justiça. A garantia de que os direitos serão observados é um modo de garantir que a justiça seja feita. Embora não seja o caso aqui de inventariar as concepções de justiça ao longo da história e apresentar-lhe o estado-da-arte, cabe, sim, interrogar-se sobre as características da justiça que se quer promover por meio do direito aberto ao diálogo com sistemas normativos de variadas cepas.

Grosso modo, quem melhor definiu justiça senão Aristóteles de Estagira (384 A.C - 322 A.C.), *Ética à Nicômaco*, ao defini-la como disposição de caráter do homem para dar ao próximo, e a si mesmo, o que lhe é devido? Note-se que nesta definição está implícita a noção de igualdade: a cada um, igualmente, o que lhe for devido. É notadamente desta igualdade implícita que emergem: a justiça distributiva; a justiça comutativa; e a justiça recíproca.

A justiça distributiva trata de como os bens devem distribuídos, ou seja, a cada um o que lhe for devido. Neste sentido, visa a regular a relação do Estado para com as pessoas.

A justiça comutativa, também chamada de corretiva, entra em cena quando se constata algum ato de injustiça na distribuição dos bens. Ela visa, portanto, reparar a injustiça, e contribui grandemente para a paz social.

A justiça recíproca trata dos deveres das pessoas para com o Estado. É a retribuição proporcional que precisa se fazer presente nas relações de troca. Para além das funções econômicas e sociais das trocas proporcionais, a justiça recíproca desempenha um papel político, no sentido de manter unidas as pessoas e a própria cidade.

Portanto, ao percorrer os 16 capítulos que compõem *Novos Direitos na Contemporaneidade, vol. I*, o leitor se deparará com um conjunto de discussões sobre direitos, notadamente sobre os direitos fundamentais previstos na *Carta Magna* de 1988, cuja unidade se encontra no diálogo dos sistemas jurídicos com sistemas culturais, morais, éticos, bioéticos, médicos, políticos etc, tendo como fim a promoção, a garantia e o equilíbrio da justiça distributiva, comutativa e recíproca. Em uma época de inegáveis avanços científicos, tecnológicos, de hiperconectividade, de anseios por representação, direito e justiça, que emergem de identidades que pululam, a mediação dos conflitos mobiliza sistemas de pensamento, simbolismo, que tornam mister acionar o diálogo entre o jurídico e a cultura, em suas diversas facetas.

Ademais, os temas abordados nos capítulos da coletânea mostram complexas questões: uso e exploração da natureza; os limites do simbólico; a transformação da autoridade em autoritarismo; combate à corrupção, tema candente no Brasil atual (no ranking internacional da corrupção, 2020, o país ocupa a 94ª colocação entre 180 países, segundo a Transparência Internacional); contexto da saúde pública na lida com a loucura; educação; direitos de minorias; entre outros temas igualmente complexos e presentes no imaginário e vocabulário do homem médio brasileiro.

Importante discutir e levantar questões que trazem luz a um melhor entendimento da complexa realidade por meio do diálogo entre sistemas normativos, cultura, política, ética, etc., enquanto condição para promover o bem-comum e equacionar conflitos.

Sem dúvida uma leitura rica, instigadora. Quem a percorrer com a atenção devida colherá frutos saborosos e valiosos, como os que colhi ao redigir este prefácio. Além, é claro, da honra do convite.

Renata Russo Rufino

Cientista Social (USP).

Co-fundadora da Popa Research – Estudos de Mercado LTDA.

São Paulo, fevereiro de 2021.

APRESENTAÇÃO

Novos Direitos na Contemporaneidade, vol. I é uma obra que se originou a partir do “Seminário de Direitos Humanos e Novos Direitos na Contemporaneidade”, promovido pelo Grupo de Estudos “PACTO – Paz, Cultura e Tolerância” e realizado nas dependências da Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista (Unesp), campus de Marília, na cidade de Marília/SP, em 04 de maio de 2018. O evento esteve sob organização dos professores Rafael Salatini de Almeida (DCPE - Unesp/Marília) e Laércio Fidelis Dias (PPGCA - Unesp/Sorocaba). Contou com apoio de organização do STAEPE – Unesp/Marília e com a coordenação do professor Ricardo Bispo Razaboni Júnior (Anhanguera Educacional – Assis/SP) e da advogada autônoma Heloísa Helena Silva Pancotti (Advocacia Direito Público – Araçatuba/SP).

A presente obra tem por objetivo publicar trabalhos de natureza acadêmico-científica sobre a temática fundamental dos direitos humanos e de direitos emergentes nesta época contemporânea. Agrega entre os autores que assinam os capítulos, pesquisadores de diferentes instituições de ensino

superior, de vários níveis acadêmicos e de variadas áreas do conhecimento humanístico, a fim de que sejam amplas a reflexão e a análise de tais temas de reconhecida importância nacional e internacional, notadamente com relação aos direitos humanos.

A premissa que atravessa os artigos é a de que a sociedade contemporânea, no Brasil e mundo afora, sofre inúmeras mudanças de larga envergadura, nos costumes e valores, que repercutem no tema dos direitos, e, por isso, demandam consideração e investigação. Nesse sentido, os 16 capítulos de *Novos Direitos na Contemporaneidade, vol. I* revelam a universidade cumprindo seu papel de estimular a reflexão e a discussão de temas com dupla relevância: acadêmico-científica e para a sociedade em geral.

O capítulo que abre a obra, “A prática do rodeio como direito à manifestação cultural em suposta colisão com a garantia de proteção da fauna como direito difuso e coletivo”, de Giowana Parra Gimenes da Cunha e Roberto da Freiria Estevão, aborda o rodeio como prática cultural e esporte brasileiro que tem sido alvo de diversas críticas, vindas, especialmente, da comunidade ambientalista uma vez que os animais são o elemento fundamental desta prática desportiva. A discussão gira em torno do avanço da legislação e instituições que tutelam a fauna brasileira, motivo pelo qual engendra a máquina judiciária para decisões e pareceres precedidos de denúncias, assim como o cancelamento do incentivo à prática do rodeio em diversos municípios brasileiros.

O capítulo segundo, “O caso Naruto e os novos desafios do direito na interpretação dos direitos fundamentais”, de Thiago Medeiros Caron, busca analisar o caso *nº 15-cv-04324-WHO, Naruto, et. al. (Paintiffs) v. David John Slater, et. al. (Defendants)*, julgado em corte dos Estados Unidos, para pensar os novos desafios do direito na interpretação dos direitos fundamentais. O objetivo é demonstrar que a referida interpretação não atravessa tão-somente pela análise dos direitos fundamentais da pessoa humana, mas resvala assuntos outros que estão intimamente relacionados.

O capítulo terceiro, “A fraternidade como princípio regulador do sistema normativo de agrotóxicos”, de Josilene Hernandez Ortolan Di

Pietro e Larissa Fatima Russo Françoze, discutem o tema da sustentabilidade ambiental e o uso de agrotóxicos vis-à-vis ao princípio da fraternidade. Aborda questões ligadas ao direito fundamental, ao meio ambiente equilibrado ecologicamente, à regulamentação jurídica do uso de agrotóxicos no ordenamento jurídico nacional e ao emprego da fraternidade, como instrumento para minimizar as externalidades negativas decorrentes da política de agrotóxicos adotada no Brasil.

No capítulo quarto, “Eugenia: Aspectos legais à luz da bioética e do biodireito”, Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhá, Giovanna Soares Nutels e Mário Furlaneto Neto investigam como o biodireito e a bioética regulam a administração das experiências médicas, e asseguram limites éticos que visam à proteção e preservação da espécie humana, frente às manipulações genéticas. Proteger o ser humano contra a eugenia recebe especial atenção neste artigo, tendo em vista o histórico de atrocidades da prática, notadamente durante o nazismo na Alemanha, ao buscar o ideal de uma “raça pura”.

No capítulo quinto, “Uma reflexão sobre a falência do contrato social de Rousseau”, Luiz Gustavo Boiam Pancotti e Fábio Luís Binati, por meio do método hipotético dedutivo, questionam se, face à ausência ou abandono do Estado, um grupo determinado de cidadãos, signatários do Contrato Social implícito, que confiava na proteção do Estado, poderia ou não abrir mão do referido pacto e criar, legitimamente, outro organismo que atendesse aos anseios anteriormente delegados e confiados ao Estado, agora ausente.

No capítulo sexto, “A construção da jurisprudência do STF à luz da teoria da derrotabilidade normativa”, Ana Cristina Lemos Roque e Luciano Macri abordam os direitos fundamentais como freios para o voluntarismo jurídico do Estado, ao minar as bases do positivismo jurídico e da subsunção lógica, e atuar como resistência a quaisquer arbitrariedades jurídico-estatal, sendo, portanto, a reafirmação de que a pessoa não é mero reflexo da ordenação jurídica, mas o seu fim.

O capítulo sétimo, “A ação de improbidade administrativa: Elementos, natureza jurídica e o instituto da colaboração premiada”, de

Araí de Mendonça Brazão e Marco Aurélio de Castro, examina a ação de improbidade administrativa: um dos mecanismos mais utilizados para o combate à corrupção e ao má-verso do dinheiro público. Expressa no artigo 37, § 4º da CF, a improbidade ganhou regulamentação através da Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, porém, a regulação não se revelou suficientemente clara em inúmeros aspectos. O exemplo desta falta de clareza é em relação à sua natureza jurídica, que ficou a cargo da doutrina e jurisprudência.

O capítulo oitavo, “Garantismo penal integral: O instrumento de proteção suficiente e eficaz dos direitos fundamentais individuais e coletivos”, de Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro e Roberto da Freiria Estevão, trata do que denominam as grandes conquistas do Estado Liberal, após a queda do absolutismo monárquico: consolidação do reconhecimento, por parte do Estado, de uma gama de direitos aos seus cidadãos, conhecidos como direitos fundamentais. Segundo os autores, o grande avanço ter-se-ia dado porque, até então, o Estado era personificado na pessoa de seu governante, revestido de poderes ilimitados, inclusive com poder de disposição sobre os mais caros bens jurídicos de seu povo: a vida, a incolumidade física e a liberdade.

O capítulo nono, “Lavratura de termo circunstanciado pela polícia militar como resultado de efeitos ‘dromológicos’”, de Murilo César Antonini Pereira e José Eduardo Lourenço dos Santos, aborda o impulso dos efeitos “dromológicos”: alteração de procedimentos investigatórios com o objetivo de torná-los mais céleres e, a princípio, mais eficientes. Neste contexto, segundo os autores, o espaço democrático é substituído pela “ditadura da velocidade”, cujo efeito é a “desterritorialização” do controle da criminalidade, que passa a ser dinamizada pela égide do tempo.

O capítulo décimo, “Direito fundamental à segurança: Unificação da Polícia Civil e Militar brasileira”, de Henrique Hatum Fernandes; Victor José Amoroso de Lima e Mário Furlaneto Neto, trata da proposta de unificação das Polícias Cíveis e Militares brasileiras que tramita na Câmara dos Deputados. Proposta por uma Comissão Especial de 26 Deputados e seus respectivos suplentes, a proposição tem sido discutida em audiências públicas, missões oficiais ao exterior e seminários para

debater o tema que pretende mudanças de paradigma na estrutura da segurança pública brasileira.

No capítulo décimo primeiro, “A impossibilidade de eliminação dos conflitos pelo direito”, Mário Lúcio Garcez Calil e Daniele Silva Lamblém Tavares investigam as discussões acerca dos métodos de resolução extrajudicial e consensual das demandas judiciais relacionadas à necessidade de aliviar a sobrecarga imposta à máquina judiciária, superlotada de processos, no entanto, são métodos de eliminação dos conflitos. O conceito-chave do artigo é o de conflito, já que é em sua órbita que transita a cultura de litigiosidade, característica da administração da Justiça no Brasil.

No capítulo décimo segundo, “Uma análise do tratamento dispensado à loucura no Brasil sob a perspectiva dos direitos humanos”, Eliane Cristina Rezende Pereira e Sérgio Leandro Carmo Dobarro analisam os direitos humanos relacionados ao tratamento da loucura no Brasil, a partir da segunda metade do século XIX e durante o decorrer significava parte do século XX. A questão proposta pelos autores está ligada à violação da dignidade da pessoa humana em nome do chamado progresso da ciência, violação esta consubstanciada nas políticas públicas do período.

No décimo terceiro capítulo, “Análise crítica sobre a efetivação do direito fundamental à educação: Reflexões sobre a construção do indivíduo social”, Melissa Zani Gimenez e Vitória Moinhos Coelho abordam o contexto histórico brasileiro no qual a educação passou a ser vista como instrumento indissociável ao desenvolvimento humano. Segundo as autoras, este período é o da era Vargas. A partir de então, o Estado vê a educação como ferramenta essencial para promover a dignidade do homem e para a construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O capítulo décimo quarto, “Travestis e transexuais no mercado de trabalho: Reinserção social e efetivação da cidadania”, de Fernando de Brito Alves aborda a discriminação que que travestis e transexuais enfrentam para acessar o mercado de trabalho. Segundo o autor, o fundamento da discriminação é a heterossexualidade e os padrões binários de gênero, masculino e feminino, como norma, ou seja, como convenções

sociais. Como decorrência destas premissas, o incremento da inserção no mercado de trabalho deste segmento social passa pela desconstrução da normatividade heterossexual e do binarismo de gênero.

O capítulo décimo quinto, “‘Luta por reconhecimento’: O caso Kayapó Mětyktire”, de Michelle Carlesso Mariano e Alessandro Mariano Rodrigues partem de uma abordagem que considera o conflito uma questão moral, na qual certas regras obrigatórias, burladas, para uma das partes pela outra, visam reconstruir a visão dos atores sociais envolvidos, no caso, os Kayapó *Mětyktire*. Tal burla evidencia a agência do grupo: como, o que e por que se posicionam em disputas, situações empíricas em que mobilizam seus valores, nas quais a própria cultura é utilizada como bandeira de demanda para sustentar suas respectivas ações.

O capítulo décimo sexto, que encerra a obra, “A proteção internacional da pessoa com deficiência e a agência internacional UN Enable”, de Lucas Emanuel Ricci Dantas, aborda a proteção internacional da pessoa com deficiência. O foco do artigo recai sobre a preservação da autonomia e da capacitação da deficiência, e procura analisar a desinstitucionalização e o aumento da capacidade da pessoa com deficiência no cenário brasileiro, com vistas à efetividade da cidadania e ao cumprimento dos papéis constitucionais assumidos pelo Estado brasileiro.

Esperamos profícua e enriquecedora leitura a todos.

*Dr. Laércio Fidelis Dias,
Dr. Ricardo Pinha Alonso,
Me. Ricardo Bispo Razaboni Junior*

1

A PRÁTICA DO RODEIO COMO DIREITO À MANIFESTAÇÃO CULTURAL EM SUPOSTA COLISÃO COM A GARANTIA DE PROTEÇÃO DA FAUNA COMO DIREITO DIFUSO E COLETIVO

*Giowana Parra Gimenes da Cunha*¹

*Roberto da Freiria Estevão*²

INTRODUÇÃO

O Rodeio como prática cultural e esporte brasileiro vem sendo alvo de diversas críticas por parte da comunidade ambientalista por ter os animais como elemento fundamental dessa prática desportiva. A discussão se destaca contemporaneamente por causa do avanço das legislações e

¹ Giowana Parra Gimenes da Cunha é auxiliar jurídica formada pela Escola Técnica de Lins (ETEC de Lins/SP) - Curso Técnico em Serviços Jurídicos, graduanda em Direito pelo Univem – Centro Universitário Eurípides de Marília e pesquisadora do grupo de pesquisa DiFuSo (Direitos Fundamentais Sociais).

² Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista Tupã (1980). Especialista em Processo Penal pela PUC-SP. Mestre em Direito (Teoria do Direito e do Estado) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Integrante e vice-líder do grupo de pesquisa “DiFuSO” (Direitos fundamentais sociais). Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

instituições que tutelam a fauna brasileira, motivo pelo qual mobiliza a máquina judiciária para decisões e pareceres precedidos de denúncias, bem como o cancelamento do incentivo à prática do rodeio em diversos municípios brasileiros.

Apesar de, atualmente, a prática do rodeio ser cerceada por diversas legislações e instituições que buscam proteger a integridade física dos animais envolvidos - o denominado Rodeio Legal -, existem práticas que não atendem a esta proteção, infringindo a legislação pátria e possibilitando os maus-tratos dos animais, conhecidos como rodeios clandestinos. É neste sentido que a problemática do trabalho se desenvolve: qual é o limite que se pode estabelecer para que o rodeio seja classificado como prática cultural brasileira? A hipótese inicial é a de os maus-tratos aos animais não podem ser justificados pelo simples exercício do direito cultural.

Deste modo, tem-se como objetivo analisar e expor a possibilidade da permanência do título de manifestação cultural brasileira à prática do rodeio, garantindo o direito ao exercício desta sob a condição de não ferir a integridade física dos animais envolvidos, buscando harmonizar os valores constitucionais voltados para a proteção da fauna ao direito à manifestação cultural expressos na concretização do denominado Rodeio Legal.

Preliminarmente analisar-se-á o direito à proteção dos animais enquanto especialidade do direito ao meio ambiente equilibrado, sua evolução e os novos paradigmas originados desta proteção. Em seguida buscar-se-á esclarecer a prática do rodeio enquanto esporte brasileiro, sua profissionalização e legislações, bem como seu título de patrimônio imaterial brasileiro. Por fim, será explanado sobre a possibilidade de ponderação entre os princípios analisados sob a luz da Lei da Colisão de Princípios de Robert Alexy (2008) em sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

O presente trabalho se justifica pela sua relevância para a conservação de uma das identidades nacionais dentro de um território de múltiplas culturas, bem como pela colaboração à tendência de proteção aos direitos dos animais em sua integridade física, de tutela do Estado e da sociedade, dentro dos esportes brasileiros. Utilizar-se-á o método dedutivo, e a pesquisa bibliográfica como procedimento metodológico.

O presente trabalho não visa esgotar a temática sucintamente explanada, e sim colaborar para a expansão do interesse multidisciplinar relevante para a garantia de direitos constitucionais no atual neoconstitucionalismo que colabora para a ratificação da ideia de um Estado constitucional diante do surgimento de novos direitos.

DA PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA DOS ANIMAIS

Para iniciar o estudo a cerca de uma análise jurídica-legal sobre a prática do rodeio como esporte brasileiro é necessário o exame do envolvimento do componente principal da prática: os animais. Diante da evolução dos parâmetros que protegem a vida dos seres não humanos, o tratamento dos animais nas práticas desportivas carecem de atenção aos olhos de todos implicados no rodeio. Desta forma, vale percorrermos os pilares da história da relação entre o homem, o meio ambiente e o direito para explorar as diversas mudanças relacionadas.

Rememorando-nos ao início da civilização humana, mais precisamente na revolução neolítica, o homem utiliza a natureza como meio de sobrevivência desenvolvendo técnicas agrícolas e domesticando animais, resultando no sedentarismo da espécie humana.

Na Idade Média (354 d.C. – 1596 d.C.), a natureza e a humanidade passam a serem vistas como criação divina. Assim, nota-se que o teocentrismo trouxe um sentimento de superioridade do animal humano para com o animal não humano, justamente porque entendia-se que como o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, este deveria dominar todos os outros seres.

Já no período Moderno (1596 d.C. – 1850 d.C.), a evolução científica, excluindo qualquer viés metafísico, trouxe a ideia de que o homem seria o centro do universo, sendo a razão a “divisora de águas” entre o homem e a natureza.

O fato do ser humano ser o único dotado de racionalidade difundiu a ideia do antropocentrismo, de maneira que nada fosse superior a razão. Logo os animais irracionais não poderiam ser detentores de direitos,

podendo no máximo ser protegidos enquanto propriedade. Sob a luz do pensamento de Descartes (BUCKINGHAM, 2011, p.116), a razão e o raciocínio eram próprios da existência humana.

Com o surgimento do modelo político-econômico, intitulado Capitalismo, ao fim do século XIX e início do século XX, o cenário mundial transformou-se em um sistema instrumental em que a produção de bens em alto escala e o consumismo desenfreado eram baseados na crença de que os recursos extraídos do meio ambiente seriam infinitos. Ou seja, de forma mais sucinta, a busca pela acumulação de capital contribuiu relevantemente para a degradação da natureza. Porém, essa falta de conscientização com o próprio *habitat* humano foi modificada após o mundo ser devastado por diversas atrocidades na Segunda Guerra Mundial, em 1945.

Junto às desastrosas consequências da Segunda Guerra sobreveio a necessidade de reconstrução da vida como um todo, inclusive do meio ambiente de onde se extrai todos os meios necessários para sobreviver (ROCHA et al., 2019, p. 106-107). Com os olhos voltados para o futuro da coletividade, em 1948 a ONU (Organização das Nações Unidas) foi fundada, e entre tantos objetivos principais, o Direito Ambiental nasceu perante as comunidades internacionais com normas jurídicas que visassem melhorias na qualidade de vida humana.

É neste mesmo sentido que o legislador constitucional brasileiro pela primeira vez insere no texto constitucional - Constituição Federal 1988 - um artigo específico (Capítulo VI, do Título VIII) a fim de tutelar o meio ambiente, positivando:

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.

Assim, junto ao Estado de Direito e ao Estado Social, a Carta Magna de 1988 inovou a legislação pátria com um Estado Ambiental de Direito. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito

humano fundamental, pois decorre do princípio absoluto da dignidade da pessoa humana, incluído no rol dos direitos de terceira dimensão que são aqueles atribuídos à fraternidade ou de solidariedade, direitos estes que têm como característica serem dotados de interesse metaindividuais ou transindividuais.

Sendo assim, o direito ao meio ambiente é considerado um direito-dever do homem, pois ao ser titular desse direito, concomitantemente deve defendê-lo e preservá-lo por ser um bem comum. A percepção de Jeferson Moreira de Carvalho (2013, p. 25), desembargador do Estado de São Paulo se desenvolve acerca de uma inexistência de dúvida de que a qualidade de vida está incluída entre os fins humanos perseguidos, pois é um valor da vida terrestre que deve ser compreendido como vida harmônica dos sistemas, incluindo os animais não pensantes e os pensantes.

No que diz respeito à proteção internacional dos animais, e mais relevante para este trabalho, a primeira sociedade protetora dos animais surgiu em 1924, na Inglaterra. Já a primeira legislação que teve como objetivo proteger os animais foi instituída na Colônia de Massachussets Bay, em 1961. Posteriormente, em 1850 a legislação francesa foi a pioneira a penalizar a crueldade com animais com multas e pena de privação de liberdade. É importante denotar também que no art. 14º, da Declaração Universal dos Direitos dos Animais da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) - originada em 1978, na Bélgica, sendo o Brasil signatário -, considera os animais não humanos como sujeitos de direitos. Essa perspectiva baseia-se na ideia de que os animais são seres sencientes, considerando também que o homem e o animal conviveram desde os primórdios da humanidade e esta convivência teve como base a utilidade dos animais na vida do homem (ONU, 1978).

Nesse diapasão surgem diversos posicionamentos antagônicos sobre a condição jurídica dos animais na contemporaneidade. Há seguimentos que afirmam que animais não humanos são considerados como *res* e os animais humanos com *status* de seus proprietários, como expõe o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 82, e as doutrinas pátrias clássicas. Por outro lado, uma corrente que vislumbra o status dos animais como sujeitos de direitos, por possuírem uma personalidade ainda não

reconhecida, e que, nesse sentido, fazem jus ao tratamento equânime ao animal humano (FIGUEIREDO; SALLES, 2015, p. 152), expresso, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

Contudo, independentemente da corrente a ser seguida, é ideal que os animais sejam vistos como uma categoria jurídica especial, dignos de proteção e livres de qualquer forma de maus-tratos. O legislador brasileiro e a jurisprudência brasileira atualizaram-se sob a nova perspectiva de que os animais não humanos não devem ser submetidos a qualquer crueldade. Os animais são representados na defesa de seus direitos pelo Ministério Público, de acordo com a Lei maior e com o Decreto 24.645/34, bem como pelos membros das sociedades protetoras dos animais.

A Constituição Federal de 1988 incumbe a toda a coletividade e ao Poder Público o dever de proteger os animais, expresso em seu artigo 225, §1º, inciso VII:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Destarte, é fato que se for comprovada a crueldade durante a prática do rodeio, configura-se crime previsto no artigo 32 da Lei nº 9.605 de 1998, reconhecida como Lei dos Crimes Ambientais, introduzida no ordenamento jurídico dez anos após a Constituição Cidadã de 1988, podendo responder também administrativamente pelo artigo 7º, incisos I a III da Lei 10.519 de 2002, sendo uma das legislações que regulamenta a prática do rodeio, e independente da responsabilidade civil segundo artigo 225, §3º da Constituição de 1988.

Diante de uma célebre hermenêutica constitucional, é importante esclarecer que a Constituição Federal de 1988 objetiva também a proteção da fauna, apesar de ser a preservação da espécie humana a necessidade da questão ambiental ser inserida no texto constitucional. Logo, os animais de rodeio devem ter sua integridade física protegida amplamente, de maneira que convém comprovar o avanço da legislação infraconstitucional que é fiel no sentido de resguardar a proteção dos Direitos dos Animais em toda

a regulamentação da prática do rodeio, tema de uma análise crítica ao longo da pesquisa a qual será expressa posteriormente.

DO RODEIO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL BRASILEIRA

Ao contextualizar a discussão a cerca do rodeio é evidente sua intensificação por ser atualmente a prática cultural, turística e esportiva que atraem multidões de apaixonados brasileiros pela tradição sertaneja enraizada no ceio de diversas famílias pátrias. A análise da prática do rodeio se faz polemizada pela interação do homem e do animal com relação aos avanços das legislações que protegem a vida dos seres não humanos. Assim, é preciso que se investigue de forma astuciosa a fim de entender como a prática do rodeio realmente funciona, bem como a sua origem.

HISTÓRICO DA PRÁTICA DO RODEIO

O vocábulo "rodeio" é original da língua espanhola "rodear", que significa juntar o gado na atividade agropastoril do campo. Apesar do costume da lida com o gado ter iniciado na Espanha, essa atividade se desenvolveu amplamente nos Estados Unidos da América, no século XIX, e foi a partir desta forma de manejo do gado que a prova de montaria surgiu.

Após a guerra contra o México, os colonos norte-americanos ao colonizar o sul do país levaram durante meses o gado para o novo território, e quando os cavaleiros paravam para descansar, competiam entre si ao montarem no dorso dos animais, vencendo aquele que permanecia por mais tempo.

O rodeio foi conhecido como modalidade esportiva no século XX nos EUA, e em 1929 foi criada a Associação de Rodeio da América (Rodeo Association of America - RAA), o qual capacitou juízes para as provas e começou a estruturar toda a prática do rodeio, da mesma maneira que outras associações foram se desenvolvendo.

No Brasil não foi diferente. A montaria dos animais teve início nas pousadas dos vaqueiros que transportavam o gado para vários lugares do Brasil, em que os peões montavam no dorso dos animais para competirem entre si o maior tempo de resistência. A primeira prova de montaria no Brasil aconteceu em Barretos- onde hoje é uma das maiores festas de rodeio do mundo -, em 1947 durante uma quermesse realizada pela Prefeitura Municipal.

Certamente, de acordo com o estudo da historicidade do rodeio, muitos animais foram maltratados, pois inicialmente não havia preocupação com a integridade física dos animais. Felizmente, o rodeio, ao se profissionalizar, começou a ser praticado com total atenção ao bem estar físico dos animais, e esse avanço se deu por meio da sensibilização à tendência da proteção aos direitos dos animais por meio do poder legislativo e das instituições responsáveis pela fiscalização desta prática.

No Brasil, o rodeio permaneceu como esporte amador até o ano de 2001, pois de uma forma de trabalho e lazer agropecuário, a prática evoluiu para o reconhecimento de atividade esportiva após ser sancionada a Lei Federal nº 10.220 em 2001, pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Tal legislação positiva regras gerais acerca da atividade do peão de rodeio equiparando-o a atleta profissional (BRASIL, 2001).

Ainda em 2001, foi criada a Confederação Nacional de Rodeio (CNAR), que estabelece vínculo entre as Federações Estaduais promotoras dos eventos junto ao Ministério do Esporte e ao Governo Federal. Atualmente, 16 estados brasileiros, inclusive o estado de São Paulo, mantém Federações de Rodeios.

Em razão do crescimento da prática do rodeio no Brasil, bem como a necessidade do ajuste aos apelos das entidades protetoras dos animais, a regulamentação da prática passou a ser imprescindível, motivando a sanção da Lei Federal nº 10.519 em 17 de julho de 2002. A referida legislação dispõe sobre a fiscalização da defesa sanitária animal na realização do rodeio, bem como as exigências quanto a infraestrutura das arenas, ao transporte dos

animais, à lida com os animais, a obrigatoriedade da presença do médico veterinário e os apetrechos técnicos utilizados na prática (BRASIL, 2002).

No que diz respeito ao uso dos apetrechos técnicos vale observar o constante avanço de pesquisas para o melhoramento do uso durante o rodeio visando ao não maltrato com o animal de rodeio. Entre estas pesquisas destacam-se os trabalhos científicos realizados pelo Projeto Sedem, do médico veterinário e professor Orivaldo Tenório de Vasconcelos, do Departamento de Patologia Veterinária da Faculdade de Ciências Agrárias e Veterinárias (FCAV), campus da UNESP de Jaboticabal, que é conveniado com a Fundação de Estudos e Pesquisas em Agronomia, Medicina Veterinária e Zootecnia – Funep, desenvolvida por 10 anos, que, em suma, resultou nas seguintes conclusões: a) não há qualquer relação do sedém com os testículos dos animais; b) ausência de lesões histopatológicas nos animais de rodeio; e c) sugestão clínica de ausência de dor ou mesmo de qualquer outro fator estressante com a presença do sedém (VASCONCELOS *et al*, 2000). Convém esclarecer que sedém é uma espécie de cinta, normalmente confeccionada em lá de carneiro, que é passada na altura da virilha do animal.

Desta forma, é denominado Rodeio Legal o que estiver de acordo com as legislações vigentes e for autorizada sua realização após a fiscalização da Defesa Agropecuária dos Estados. Assim, a constante evolução e o profissionalismo da prática do rodeio tem o único objetivo de cada vez mais preservar a integridade física dos animais, os verdadeiros atletas da festa do peão, os quais recebem dignos tratamentos de grandes investimentos.

RODEIO COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL BRASILEIRO

Além do fato de se tornar esporte oficialmente considerado no Brasil, o rodeio é uma manifestação da cultura brasileira por ser a representação de um modo de “criar, fazer e viver” da população sertaneja, de acordo a definição de patrimônio cultural brasileiro expresso no artigo 216, inciso II da Constituição Federal.

A partir deste entendimento, é relevante para este estudo a emergência do Direito Cultural presente nesta temática. Com as ebulições sociais dos movimentos anarquistas e socialistas, tem-se a necessidade de o Estado manifestar-se por meio de ações positivas para garantir os direitos de liberdades da denominada primeira dimensão de direitos fundamentais, fazendo nascer a segunda dimensão de direitos fundamentais: os sociais, culturais e econômicos (BONAVIDES, 2016, p. 283).

Os Direitos Culturais estão previstos no artigo 215 e seguintes da Constituição Cidadã de 1988, que são aqueles que, segundo Humberto Cunha (2000, p. 34), afetos às artes, às memórias coletivas e ao repasse de saberes, asseguram a seus titulares o conhecimento do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana.

Ademais, a identidade cultural é classificada como um dos conteúdos impostos pelos limites materiais e normativos da vida humana expressos por Mércia Miranda Vasconcellos (2010, p. 135), sendo a materialidade da vida, em sua concretude como modo de realidade e reprodução da vida, objeto de estudo da Filosofia da Libertação, consoante o pensamento de Enrique Dussel, de grande relevo na contemporaneidade por disseminar uma filosofia que reflete sobre a necessidade de definir uma identidade latino-americana, da qual podemos extrair da obra “Oito ensaios sobre a cultura latino-americana e libertação” de 1997, sua sublime citação:

Nesse sentido, a cultura é uma das dimensões da nossa existência, intersubjetiva e histórica, um complexo de elementos que constituem radicalmente nosso mundo, nosso sistema concreto de significação que não se transmite, assimila-se. (DUSSEL, 1997, p. 38).

Considerando que a pecuária ajudou a traçar os caminhos da ocupação do território nacional, o que compôs parte essencial das práticas sociais do universo rural de todas as regiões do Brasil foram as práticas lúdicas do mundo rural americano desde o período colonial, as brincadeiras, disputas e rituais com equinos e bovinos, sempre no centro da cultura agropastoril brasileira. Cumpre observar, ainda, a importância

da construção sócio-cultural do país nas expressões formadas no cenário nacional junto aos registros históricos e a incorporação do rodeio como representação do povo sertanejo no cotidiano e na cultura brasileira. Fruto da construção e miscigenação do rodeio estadunidense ao país de múltiplas culturas, o rodeio é, significativamente, uma prática de manifestação cultural brasileira.

Deste modo, é válido salientar que a Lei Federal nº 13.364 sancionada em 29 de novembro de 2016, especificamente em seu artigo 1º, eleva o rodeio à condição de manifestação da cultura nacional e do patrimônio cultural imaterial, com a intenção de colocá-la sob o abrigo do artigo 215, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016).

O valor da memória é essencial à ideia de patrimônio cultural, que projeta nos dias de hoje a presença da origem da identidade social de diversos estilos de vida. A autora Maria Amelia Jundurian Cora traz uma perspectiva de que a valorização das tradições e costumes podem ser entendidas como uma forma de reação e de resistência aos males da cultura descentralizada da globalização, bem como conceitua patrimônio cultural de natureza imaterial:

O patrimônio imaterial é considerado uma cultura em transformação, e não estática, como os patrimônios materiais. Para que o patrimônio imaterial exista, é necessário uma preocupação com a transmissão do saber e, conseqüentemente, com a manutenção da sua representatividade e da sua identidade em relação à apropriação dos significados e das formas de produção das manifestações e dos saberes culturais, o que permite sua continuidade. (CORA, 2014, p. 92).

Em razão daquilo que foi apresentado, a prática do rodeio tem significado de identidade da população sertaneja pelo histórico do desenvolvimento do país juntamente ao estilo de vida da comunidade rural e simbolizada também nas áreas urbanas, principalmente no interior dos estados brasileiros. A representação do uso do chapéu, do toque do aclamado berrante e do som da viola é símbolo de uma identidade cultural enraizada de tradições familiares, bem como o rodeio como esporte

brasileiro. Assim, aprecia-se os dizeres do Ministro Edson Fachin em seu voto na ADIn nº 4.983/Ceará de 2016:

O presente caso precisa ser analisado sob um olhar que alcance a realidade advinda da população rural. É preciso despir-se de eventual visão unilateral de uma sociedade eminentemente urbana, com produção e acesso a outras manifestações culturais, produtos e serviços para se alargar o olhar e alcançar essa outra realidade (STF, 2016).

Destarte, o estudo ratifica a necessidade da permanência da prática do rodeio como manifestação cultural brasileira digna de proteção em seu pleno exercício, devendo o Estado, garantir, apoiar e incentivar sua valorização e difusão, como disposto no “caput” do artigo 215 da Constituição Federal de 1988.

PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS

Diante desta temática, destacam-se dois direitos constitucionais de aclamada relevância para o desenvolvimento do homem, que de sua grande natureza axiológica são dignos de consideração princípio lógico, sendo o direito ao meio ambiente equilibrado, especificamente a proteção da fauna expresso no artigo 225, inciso VII da Constituição Federal, e o direito a manifestação cultural expresso na Carta Magna em seu artigo 215. Se estes princípios constitucionais forem analisados de maneira individual e como absolutos, um poderá excluir o outro. Por isso é relevante a análise da ponderação destes princípios como forma de permanência do rodeio como manifestação cultural brasileira com devidas atenções à integridade física dos animais.

Os princípios constitucionais abrangem parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisões, pois o ordenamento jurídico estabelece na realização de suas finalidades a preservação de valores. É nesse sentido que encontra-se a função dos princípios. Ao interpretar os dispositivos constitucionais deve-se sempre analisar a versão do seu significado de acordo com os valores que os norteiam. Desta forma, Humberto Ávila

define o princípio como dever de otimização, não tendo pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outros valores, a tomada de decisões (ÁVILA, 2009, p. 77). Logo, os princípios possuem uma pretensão de complementariedade entre eles.

Neste viés, vale destacar que não há hierarquia entre princípios, pois estão abstratamente no mesmo nível. Porém, em determinado caso concreto um princípio acaba por ter maior peso sobre outro. Destarte, é neste critério que busca-se por fim, a adequação da temática à Lei de Colisão de Princípios da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, influente filósofo do Direito alemão, em que analisa-se o sopesamento entre o direito-dever à proteção da fauna com o direito a manifestação cultural a cerca da prática do rodeio.

A teoria de Robert Alexy sobre direitos fundamentais defende que estes têm carácter de princípios, e os considera como norma de dever ser ideal, conceituando-os como mandados de otimização. Assim, expõe que, eventualmente, os princípios podem colidir diante de um caso concreto, sendo necessária uma solução de ponderação entre eles. Ocasionalmente, o que ocorre é a precedência de um princípio em face de outro sob específica condição de um caso concreto (ALEXY, 2008, p. 95). Todavia, o princípio que cede não será declarado inválido, tão pouco introduzido a uma cláusula de exceção como ocorre no conflito de regras.

À luz da teoria de Robert Alexy, sendo a prática do rodeio o caso concreto do cenário de sopesamento entre os princípios positivados no artigo 215 e artigo 225 inciso VII, da Lei Fundamental de 1988, a condição para que o rodeio seja considerado e protegido como manifestação cultural e patrimônio imaterial brasileiro deve ser a inexistência de maus-tratos aos animais. Reforça-se assim, a ideia de inexistência da relação absoluta de um princípio sobre o outro, de maneira que, se esta condição não for cumprida, o direito à proteção da fauna precederá sob o direito à manifestação cultural, independentemente de sua significação de identidade social e cultural.

Sob este entendimento, analisa-se os interesses envolvidos na Projeto de Emenda Constitucional nº 96, que em 6 de junho de 2017 instituiu o

§7º ao artigo 225, que versa sobre o direito ao meio ambiente equilibrado, dispondo:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (BRASIL, 1988, artigo 225).

O Ministro Luiz Fux, no bojo do seu voto do julgamento da ADIn nº 4.983-CE de 6 de outubro de 2016, em que foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 15.299-2013 que regulamentava a vaquejada do Estado do Ceará como prática desportiva e cultural, observou que se há colisão de princípios, de maneira que, ou o Judiciário faz a ponderação, ou esta forma de solução do conflito ocorrerá por meio de legislação.

Aparentemente, a ponderação entre os princípios constitucionais em destaque foi positivado como norma constitucional. Logo, deixa claro a condição de proibição às possíveis existências de maus-tratos em práticas esportivas clandestinas.

Sendo assim, é necessário a busca pela ampliação do Rodeio Legal em todas as partes do território nacional, levando o conhecimento da existência desta prática motivada pela proteção à integridade física dos animais antes, durante e depois dos eventos, e consequentemente, a eliminação dos rodeios clandestinos que são praticados sem atenção aos parâmetros legais e livres de fiscalizações, comuns nas cidades do interior dos estados, onde existe a possibilidade de maus-tratos aos animais. Almeja-se, assim, a busca por ampliação das denúncias e atuações dos órgãos responsáveis, entre estes o Ministério Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a prática do rodeio deve ser analisada sob a ascendência de princípios constitucionais, que pela natureza

principiológica de complementariedade entre eles na tomada de decisões, reforçar-se-á a ideia de que não devem ser analisados como absolutos.

Destarte, o rodeio enquanto prática significativa de representação do povo sertanejo brasileiro mediante a historicidade da cultura agropastoril no desenvolvimento do país, é considerado uma forma identidade cultural brasileira. Assim, o rodeio é digno de ter sua prática protegida enquanto exercício da manifestação cultural brasileira, conforme artigo 215 da Constituição Federal de 1988 sob o título de patrimônio cultural imaterial brasileiro.

Todavia, a prática cultural, para permanecer viva na sociedade, deve atualizar-se conforme as tendências sociais a fim de trazer novas significações ao seu exercício. Deste modo, justifica-se a profissionalização do rodeio pela busca incessante de proteger a integridade física dos animais envolvidos, de maneira que esta proteção esteja presente desde o treinamento do animal até o final do seu desenvolvimento no rodeio. Os maus-tratos aos animais não devem ser espetáculo aos olhos humanos, independente da significação cultural da prática do rodeio.

As legislações que almejam proteger a fauna brasileira têm fulcro no Estado Ambiental de Direito, inaugurado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225, em especial o inciso VII. Deste modo, o rodeio atualmente é disciplinado por legislações federais específicas e fiscalizado por órgãos responsáveis pela proteção dos animais, a fim de se adequar ao novo objeto jurídico que tutela a integridade física do ser não humano por ter um status jurídico especial no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, mediante ponderação entre os princípios constitucionais intrínsecos na atividade do rodeio, observa-se que esta prática desportiva deve manter-se com título de patrimônio cultural imaterial desde que esteja condicionada à proteção pela integridade física dos animais envolvidos com devida respeitabilidade às legislações e procedimentos de fiscalizações, sob a denominação do Rodeio Legal.

Entretanto, se o rodeio não for limitado à condição de proteção à integridade dos animais sem as devidas atenções às exigências legais, não deve nem mesmo ser titulado como exercício do direito cultural brasileiro.

Reforça-se assim a necessidade de extinção dos rodeios clandestinos com atuação efetiva do Poder Público, bem como a análise da existência do Rodeio Legal.

Deste modo, resta afirmar que a cultura brasileira deve ser emoldada às novas tendências de proteção de novos objetos jurídicos, bem como o direito se emolda às necessidades da proteção ao exercício das manifestações culturais brasileiras. Logo, os esportes e manifestações culturais que envolvem animais devem ter total atenção às legislações que protegem a fauna brasileira, para que permaneçam protegidos enquanto esporte e exercício cultural, pois os maus-tratos aos seres não humano não devem ser objeto de divertimento do homem por meras justificativas antropocêntricas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: PC Editora, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: PC Editora, 2009.

BIZAWU, Sébastien. Kiwonghi. (org.). *O direito dos animais na contemporaneidade: proteção e bem-estar animal*. Curitiba/PR: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001*. Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10220.htm. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.519, de 17 de julho de 2002*. Dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10519.htm. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016*. Eleva o Rodeio, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 4.983/Ceará de 2016*. Relator: Ministro Mauro Aurélio. Brasília, 06 out. 2016. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874 >. Acesso em: 06 out. 2020.

BUCKINGHAM, Will *et al.* *O livro da Filosofia*. 12. ed. São Paulo: Editora Globo, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Meio ambiente: sadia qualidade de vida*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

COELHO, Fábio Alexandre. *Curso rápido de hermenêutica*. São Paulo: Edipro, 2014.

CORÁ, Maria Amelia Jundurian. *Do material ao imaterial: patrimônio cultural do brasil*. São Paulo: EDUC: FAPESP, 2014.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DUSSEL, Enrique. *Oito ensaios sobre a cultura latino-americana e libertação*. São Paulo: Paulinas, 1997.

FIGUEIREDO, Roberto Geraldo de; SALLES, Alvaro Angelo. Considerações sobre os princípios dos direitos dos animais. In: BIZAWU, Sébastien Kiwonghi (Org.). *Os direitos dos animais da contemporaneidade: proteção e bem-estar animal*. Curitiba: Instituto Memória Editora & Projetos Culturais, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

GOMES, Ariel Koch. *Natureza, direito e homem: sobre a fundamentação do direito do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROCHA, Suyene Monteiro da; CASTRO ROCHA, Renata Rodrigues de; BIAZOTTO, Pedro Donizette; LEITE, André Henrique Oliveira. Sustentabilidade na administração pública. *REVISTA ESMAT*, ano 8 - nº 11, p. 105-120, jul. à dez. 2016. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/125/129>. Acesso em 06 Out. 2020.

UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*. ONU. Bélgica, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2020.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. *Proteção Internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana: reflexão filosófica sob a perspectiva da ética da libertação*. Curitiba: Juruá, 2010.

VASCONCELOS, Orivaldo Tenório; ALESSI, Antônio Carlos; ESPER, Cesar Roberto; FRANCESCHINI, Paulo Henrique. Avaliação técnico-científica da utilização do sedém em bovinos de rodeio. *Revista de Educação Continuada em Medicina Veterinária e Zootecnia do CRMV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 72–77, 1 jul. 2000. Disponível em: < <https://www.revistamvez-crmvsp.com.br/index.php/recmvz/article/view/3370/2575>> Acesso em: 06 out. 2020.

VAZ, Caroline. Os direitos fundamentais na sociedade de risco. *Revista do Ministério Público de RS*, Porto Alegre, n. 61, maio-out. 2008.

BIBLIOGRAFIA

BIZAWU, Sébastien. Kiwonghi. (org.). *O direito dos animais na contemporaneidade: proteção e bem-estar animal*. Curitiba/PR: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

COELHO, Fábio Alexandre. *Curso rápido de hermenêutica*. São Paulo: Edipro, 2014.

DIAS, Edna Cardozo. Maus-tratos aos animais em rodeios. *MPMG Jurídico: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ed. Defesa da Fauna, p. 48-53, 2016. Disponível em: <https://www.independentes.com.br/pt-br/rodeio/historia-do-rodeio>. Acesso em: 20 out. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

GOMES, Ariel Koch. *Natureza, direito e homem: sobre a fundamentação do direito do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VAZ, Caroline. Os direitos fundamentais na sociedade de risco. *Revista do Ministério Público de RS*, Porto Alegre, n. 61, maio-out. 2008.

2

O CASO NARUTO E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Thiago Medeiros Caron*¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo, utilizando-se do método indutivo, busca a partir da análise do caso *nº 15-cv-04324-WHO, Naruto, et. al. (Paintiffs) v. David John Slater, et. al. (Defendants)* julgado em corte dos Estados Unidos, analisar os novos desafios do direito na interpretação dos direitos fundamentais, objetivando ao final, demonstrar que referida interpretação não perpassa exclusivamente pela análise dos direitos fundamentais da pessoa humana, resvalando em assuntos outros que estão intimamente relacionados.

Para tanto, alguns caminhos necessariamente deverão ser percorridos. Em um primeiro momento, promover-se-á uma breve digressão sobre o caso em comento, a fim de que se permita sua adequada compreensão, a partir da citação de elementos da sentença proferida em seu julgamento.

¹ Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, UNIVEM (2018); Advogado (desde 2008); Conselheiro Regional de Prerrogativas (11ª Região, Marília/SP) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

Em um segundo momento, uma vez que o caso trata-se da busca de reconhecimentos de direitos de personalidade a animal não humano, discorrer-se-á sobre a evolução dos direitos fundamentais, permitindo que se tenha uma visão sobre esse caminho percorrido até o reconhecimento da dignidade humana como pedra fundamental do ordenamento brasileiro, além de tratar da teoria do ecologismo personalista, que tem por objetivo superar o ideal antropocentrista, a fim de permitir a equiparação do homem aos demais seres vivos.

Já em um terceiro momento, proceder-se-á a análise dos novos desafios que o direito vem enfrentando na interpretação dos direitos fundamentais, citando alguns casos do ordenamento jurídico nacional, bem como do direito comparado, a fim de demonstrar tais desafios, trazendo ao final as conclusões do autor sobre o tema proposto.

Por fim, necessário consignar que a presente pesquisa se dará a partir da análise de julgados de cortes nacionais e internacionais, além de contar com a utilização de obras doutrinárias e de artigos de renomados articulistas, porém, sem deixar-se de apontar a mesma se restringirá ao plano técnico-jurídico.

O CASO NARUTO – *CASE Nº 15-CV-04324-WHO, NARUTO, ET. AL. (PAINTIFFS) V. DAVID JOHN SLATER, ET. AL. (DEFENDANTS)*

Recentemente, o professor Vladimir Passos de Freitas (2018) em artigo publicado na revista *Consultor Jurídico*, trouxe a baila discussão de relevo referente “[...] ao reconhecimento de animais como sujeito de direitos [...]”.

Verifica-se pela leitura do artigo escrito pelo professor Freitas (2018), que no ano de 2008 o repórter David. John Slater resolveu dirigir-se até uma reserva florestal na Indonésia, para retratar os macacos de crista, espécie em perigo extinção. Continua narrando que o fotografo teria deixado uma de suas câmeras em um tripé, com disparador, de fácil acesso aos primatas, que em um ato de curiosidade passaram a dispará-lo retratando inúmeras fotos dos animais que aí se encontrava.

Continua Freitas (2018), narrando que a partir de 2011 tendo o fotógrafo dito que as fotos publicadas por si na *Caters News Agency* tinham sido *selfies* tiradas pelos próprios primatas, fez com que as imagens viralizassem sendo que “Uma [das fotos que] [...] suscitou mais simpatia e atenção, era a de um macaco de seis anos, que depois veio a ser chamado de Naruto”, tendo, a partir de então, se tornado uma celebridade instantânea na rede mundial de computadores.

Contudo, uma simples foto passou a tomar contornos jurídicos inesperados. De acordo com Freitas (2018), após a publicação da imagem, esta passou a ter inúmeros acessos e compartilhamentos nas redes sociais e rentabilizando grandes quantias em dinheiro o que garantiu ao fotógrafo que parte dos valores arrecadados lhe fosse repassado.

Sendo referidas imagens publicadas pelo *Wikimedia Foundation*, o fotógrafo passou a não receber pela sua utilização e quando solicitado que tais imagens fossem retiradas ao ar, não foi atendido sob o argumento de que não humanos não detém direitos autorais, caindo às imagens realizadas em domínio público (FREITAS, 2018) uma vez que o animal não seria capaz de direitos e deveres na ordem civil (CC-2002, art. 1º).

Objetivando tutelar eventual direito sobre as imagens, Slater “[...] tentou registrar as fotos no Escritório de Direitos Autorais dos Estados Unidos (*U.S. Copyright Office*) [...]” (FREITAS, 2018), que em que pese não seja ato imperioso para receber a proteção necessária (*Cf.* art. 18 da Lei nº 9610/1988), trata-se de um instrumento que garante segurança aos direitos do autor (*Cf.* art. 17 da Lei nº 5988/1973), fixando marcos legal para que se faça prova da criação da obra, registro que foi peremptoriamente negado pelo órgão americano, pois, “[...] trabalhos de animais não podiam ser recepcionados naquela repartição pública” (FREITAS, 2018).

Pois bem. No ano de 2014 a empresa *Blurb Inc.* de São Francisco promoveu a publicação das fotos em questão, reconhecendo o direito de Slater de receber valores oriundos de direitos autorais pelo uso das imagens, o que fez com que a sociedade de proteção dos animais *PETA (People for the Ethical Treatment of Animals)* promovesse ação contra Slater e a empresa *Burb*, reclamando que “[...]os rendimentos das fotos deveriam ser

direcionadas a favor de Naruto e outros macacos da reserva em Sulawesi, ficando ela, PETA, como administradora de um fundo a ser criado para tal fim” (FREITAS, 2018).

Tal ação fora proposta perante o *Northern District of California* sendo julgado pelo juiz William H. Orrick que proferiu a sentença do caso em janeiro de 2016 (USA, 2016).

De acordo com uma leitura da sentença (e a partir de uma tradução livre desta), observa-se que o magistrado americano apontou que a lei de direitos autorais americana, protege:

[...] obras originais de autoria fixadas em qualquer meio tangível de expressão, agora conhecidos ou desenvolvidos posteriormente, a partir do qual podem ser percebidos, reproduzidos ou comunicados, diretamente ou com o auxílio de uma máquina ou dispositivo”. 17 U.S.C. § 102 (a). A “Fixação” do trabalho no meio tangível de expressão deve ser feito “por ou sob a autoridade do autor. 17 U.S.C. § 101. (USA, 2016).

De acordo com a sentença, pode-se concluir que houve a alegação de que a lei norte-americana dispôs “obras de autoria”, justamente objetivando dar uma maior flexibilidade à interpretação do termo permitindo com isso a interpretação de que “[...] a lei de direitos autorais está disponível para qualquer pessoa, incluindo um animal, que cria um ‘trabalho original de autoria’ [...]” e que assim, o primata Naruto seria o titular dos direitos autorais decorrentes da imagem que reproduziu (USA, 2016).

Contudo, lançando mão da aplicação da *ratio decidendi* estabelecida no julgamento do *case Cetáceo Cmty. v. Bush*, 386 F.3d 1169, 1175 (9^o Cir. 2004), onde um advogado entrou com um processo, em nome dos cetáceos pela violação (a) do Ato das Espécies Ameaçadas de Extinção, (b) a Lei de Proteção aos Mamíferos Marinhos, e (c) ao Ato de Política, apontou o magistrado que em referido precedente, o Nono Circuito cuidou de analisar a linguagem de cada uma das legislações apontadas como violadas, para com isso estabelecer se estas teriam concedido legitimidade ativa a animais para figurarem no polo de uma ação,

concluindo que nenhum dos diplomas questionados o teria concedido referida legitimidade (USA, 2016).

De acordo com a sentença,

O tribunal considerou que “se o Congresso e o Presidente pretendia dar o passo extraordinário de autorizar animais, bem como pessoas e entidades legais para processar, eles poderiam, e deveriam, ter dito isso com clareza [...]”. (USA, 2016).

No que pertine ao caso em julgamento – direitos autorais reclamados pelo primata – o juiz Orrick, lançando mão de outros precedentes, concluiu, a partir da *ratio* destes que a autoria somente se pode atribuir a um ser humano² e no que pertine ao registro da obra, especificamente nos termos do precedente *Trade-Mark Cases, 101 EUA 94 (1879)* e *Burrow-Giles* que somente será registrado “[...] trabalho original de autoria, desde que o trabalho tenha sido criado por um ser humano’ [...]” (USA, 2016).

Sob tal fundamento, julgou improcedente a demanda proposta, vez considerou não ter o primata, legitimidade para pretender direitos autorais sobre as imagens do *Monkey Selfies* (USA, 2016), por não lhe reconhecer como titular de direitos inerentes ao homem.

Irresignada com a decisão a entidade promoveu o competente recurso ao *United States Courts for the Ninth Circuit*, tendo, contudo, antes do julgamento, chegado as partes a uma composição quanto ao litígio (FREITAS, 2018). De acordo com nota conjunta publicada no site da entidade (PETA, 2017) aponta que as partes chegaram a um acordo e que o caso permitiu a discussão de questões relevantes para o reconhecimento de direitos dos animais não humanos devendo ser reconhecidos a estes (no caso, os macacos), direitos fundamentais apropriados a sua espécie.

Freitas (2018) analisando o fato em questão aponta claramente que “[...] o centro da discussão está no reconhecimento de animais como sujeito de direitos, movimento que vem crescendo nos últimos anos [...]”.

² Trago alguns dos precedentes consignados na decisão: *Aalmuhammed v. Lee, 202 F.3d 1227, 1234 (9 Cir. 2000)*; *Urantia Foundation v. Maaherra, 114 F.3d 955, 958 (9º Cir. 1997)*; especificamente interpretando o ato de direitos autorais do EUA: *Inhale, Inc. v. Starbuzz Tobacco, Inc., 755 F.3d 1038, 1041 (9º Cir. 2014)*; *Garcia, 786 F.3d em 741-42*.

E o autor, concluiu sua análise, apontando:

Como se vê, a sociedade vai em busca de novos rumos e o Direito irá se adaptando às transformações sociais, por vezes rompendo com tradições seculares. Como se vê, o caso do macaco Naruto vai muito além de uma situação engraçada. (FREITAS, 2018).

Veja que o doutrinador propõe que a sociedade caminha para novos rumo a se adaptar as transformações sociais, rompendo assim com tradições seculares, a fim de reconhecer os animais como sujeitos de direitos, interpretação esta realizada de forma extensiva, uma vez que não há no ordenamento permissivo legal que os reconheça como tal.

Contudo, bem se sabe que somente os direitos fundamentais possuem tal interpretação extensiva, justamente para assegurar-lhes uma tutela mais efetiva.

Assim, para que haja uma melhor compreensão sobre o assunto, promover-se-á ainda que de forma superficial, uma análise do desenvolvimento dos direitos fundamentais e da própria teoria do ecologismo personalista.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ECOLOGISMO PERSONALISTA

Os direitos fundamentais, sem promover aprofundamentos teóricos, são os direitos humanos existentes na esfera internacional e que são inseridos no documento de constituição de um Estado, passando a ter eficácia interna, direitos estes dotados de importância cada vez maior.

Bem se sabe que em sua evolução os direitos humanos passaram por um longo processo de desenvolvimento e progressivo processo de constitucionalização, com inequívocos avanços e retrocessos bem delineados, desenvolvimento este que se deve em grande parte ao próprio desenvolvimento de uma consciência moral coletiva (GALLO, 1973, p. 31).

O desenvolvimento destes direitos pode ser verificado em duas fases distintas: (a) em na primeira fase, ocupou-se com a ampliação do número de direitos tutelados; e (b) na segunda voltou-se a atenção ao seu campo

de aplicação, promovendo um aumento circunstancial em seu espectro de atuação a fim de garantir-lhes maior efetividade. Contudo o reconhecimento do homem como ser dotado de direitos e conseqüentemente de dignidade, fundamento primordial dos direitos humanos, pode ser verificado em três momentos distintos.

Em um primeiro momento, o cristianismo contribuiu de forma efetiva para que houvesse a difusão do direito natural, que exigia o respeito à pessoa humana e conseqüentemente a sua dignidade; em momento posterior, a filosofia foi responsável por conferir o aporte teórico necessário à referida discussão, permitindo que a partir de então, o ser humano se tornasse objeto de sua própria reflexão, trazendo a lume a racionalidade do ser (COMPARATO, 2015, p. 14-16), permitindo, portanto, que houvesse a idealização de uma pessoa “[...] individualmente, dotada de direitos – direitos subjetivos.” (BARONGENO, 2009, p. 24).

Por fim em um terceiro momento, a ciência permitiu que o homem novamente tomasse assento de destaque a partir das descobertas de Darwin, que por sua teoria evidenciou que o homem esta no ápice da cadeia evolutiva não por acaso, mas em razão do próprio encadeamento de um processo evolutivo que “[...] obedece, objetivamente, a uma orientação finalística, inscrita na própria lógica do processo, e sem a qual a evolução seria racionalmente incompreensível [...]” (COMPARATO, 2015, p. 16).

Quanto à tutela dos direitos humanos, é de citar-se que estes passaram a ser tutelados ainda que de forma embrionária a partir do sistema protetivo inglês, formado pela *Magna Charta Libertatum* (1215), *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), a *Bill of Rights* inglesa (1689), e o *Establishment Act* (1701). Afirma-se que tutelados de forma embrionária uma vez se tratavam de leis destinada à tutela somente do povo inglês, mas que serviram de inspiração elaboração de outros instrumentos de tutela dos direitos humanos.

Assumem tais direitos característica de verdadeiros direitos fundamentais do homem, a partir da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) que antecedeu em poucos dias a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), documentos

de extrema relevância neste caminho pelo reconhecimento e constitucionalização dos direitos humanos, vez que partiram da premissa de que todos os homens foram criados iguais, dotados de direitos inalienáveis que deveriam ser tutelados, superando o ideário inglês.

Não se pode deixar de citar nessa senda a importância exercida já no século XX pelas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), que se ocuparam de implementar em seus textos a tutela de direitos sociais, ultrapassando a mera tutela pelos direitos individuais.

A internacionalização da luta pelos direitos humanos deu-se somente a partir de 1919, com a primeira guerra momento em que surgiram as primeiras entidades de cunho internacional voltadas à tutela de tais direitos. Em que pese tenha este movimento arrefecido após o término desta guerra, tomou novos contornos com o início da segunda guerra mundial, período qual o *Terceiro Reich* escreveu nas páginas da história, o pior momento vivido pelos direitos humanos. Salutar citar que nesse momento houve a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, justamente destinada a tutelar a dignidade das pessoas humanas de todo o globo terrestre.

Nessa luta pela internacionalização da tutela de tais direitos, é válido apontar a criação de Cortes supranacionais para tutela de direitos humanos – *vg.* a Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, fator que contribuiu inequivocamente com a superação do conceito clássico de soberania, ao permitir que um país se sujeitasse a um poder jurisdicional supranacional.

Assim, verifica-se que os direitos humanos (e consequentemente fundamentais), passaram por um longo caminho de afirmações e retrocessos, tendo sido devidamente reconhecidos no Brasil com a CRFB-1988 que guindou a dignidade a preceito fundamental do Estado, além de criar um rol extenso de direitos fundamentais a serem tutelados.

Ao lado do desenvolvimento progressivo dos direitos humanos, verificou-se um grande movimento pelo desenvolvimento e reconhecimento dos direitos dos seres não humanos, que se intensificou a partir da percepção de que o homem exercia sobre a natureza um domínio incontrolado e de verdadeira exclusão, qualificando-se a natureza como

uma “escrava generosa”, eis que neste momento inicial, havia um otimismo progressista quanto ao futuro (ainda incerto) sobre a própria evolução do homem como instrumento de destruição da natureza (BALLESTEROS, 1995, p. 14-17).

Não se pode olvidar que neste caminho de usurpação da natureza as fases de desenvolvimento da própria humanidade contribuíram para degradação do meio ambiente, a partir de uma ideia infundada de que os recursos naturais permaneceriam disponíveis de forma ilimitada. Contudo o uso despótico da natureza pelo homem, fez com que o cenário se alterasse drasticamente, quando se verificou que os recursos naturais ficavam cada vez mais escassos, exigindo assim a superação do pensamento antropocentrismo para o reconhecimento da dependência do ser humano da natureza.

Assim, a partir da evolução de algumas tradições religiosas como o hinduísmo, budismo, taoísmo etc., o desnivelamento até então existente entre o ser humano e a natureza passou a ser abandonado (mesmo que houvesse uma hierarquia no que pertine a manutenção da vida do ser humano), enfatizando-se assim a necessidade de respeito por todo ser vivo (BALLESTEROS, 1995, p. 22-23), o que acabou por permitir que o ser humano fosse equiparado às demais espécies de seres vivos, o que permitiu a discussão de se estender aos demais seres vivos, o reconhecimento de direitos personalíssimos da pessoa humana e conseqüentemente, a própria categorização de direitos fundamentais a estes, a partir superação do imperativo categórico kantiano.

Contudo, o reconhecimento da equiparação e conseqüente interdependência entre o homem e a natureza trouxeram a lume novos desafios a ser considerado na interpretação dos direitos fundamentais, o que será analisado no próximo ponto.

OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Atualmente, temas de alta relevância quanto aos direitos fundamentais relacionados à interdependência existente com a natureza, tem permitido

profundas reflexões sobre a matéria, desafiando a própria interpretação dos direitos fundamentais.

De início, não há como deixar de citar o próprio caso que deu início a este estudo, onde o objetivo era que desse o judiciário uma interpretação extensiva à legislação existente, a fim de garantir ao primata Naruto, direitos de personalidade no que pertence a produção artística de fotografias, mas que, contudo, a legislação americana atribuía somente ao ser humano.

Nessa senda, ao aprofundar o estudo pôde-se verificar vertentes doutrinárias que objetivam conferir verdadeira proteção jurídico-constitucional aos animais, havendo discussões que apontam no sentido de se conferir aos animais, além da mesma natureza dos seres humanos, a possibilidade de serem reconhecidos como seres dotados de dignidade, titulares de direitos fundamentais próprios (SARLET, 2016a).

E como era de se esperar, a judicialização de discussões neste sentido, tornam-se recorrentes não só no Brasil como em outros países.

Cite-se a exemplo que no Brasil o STF promoveu ao julgamento de casos que discutiam a “rinha do galo”, a “farra do boi” e a própria vaquejada (SARLET, 2016a), como patrimônios culturais do brasileiro (observando as peculiaridades de cada estado que desenvolvem referidas atividades), havendo ainda recente julgamento proveniente do Tribunal Constitucional espanhol, que tratou da tauromaquia a luz dos dispositivos constitucionais espanhol (ESPANA, 2016).

Porém, ao analisar as decisões proferidas pelas Cortes supremas de cada país, tem-se que a *ratio decidendi* é totalmente divergente.

Iniciando pela Suprema Corte brasileira, verificou-se que a mesma afasta peremptoriamente alegações no sentido de que tais atividades – como “rinha do galo”, “farra do boi” e a vaquejada – refletiriam mera manifestação cultural, ao passo que submeteriam os animais envolvidos a atos de crueldade, sendo que a tutela constitucional conferida à matéria garante que qualquer forma de vida não seja exposta a risco por práticas consideradas aviltantes sendo que a garantia constitucional no sentido de preservar e incentivar manifestações culturais possui limitação natural

no art. 225, VII da CRFB-1988 – ADIs 4983/CE e 1856/RJ (BRASIL, 2011, 2016).

Salienta que após tais julgamentos editou-se a EC nº 96, que inseriu o § 7º no citado art. 225, permitindo a utilização de animais para praticas desportivas de cunho cultural, o que fez com que a matéria fosse novamente submetida ao crivo do STF (ADI 5728).

Já ao analisar o julgado proveniente da Espanha, é de se anotar que a decisão fora outra. Com efeito, a Corte Constitucional espanhola ao analisar dispositivo da lei Catalunha (art. 1 da Lei do Parlamento 28/2010) que tinha por objeto a proibição de corridas de toros e espetáculos taurinos que incluíssem a morte do animal, bem como a aplicação de determinadas sortes de lida, decidiu pela inconstitucionalidade e consequente nulidade da mesma, eis que de acordo com a *ratio* da decisão a tauromaquia possui uma presença na realidade social do país, havendo inclusive legislação que tutela a prática como verdadeiro patrimônio cultural tornando-se sua proteção e preservação, verdadeiro dever dos entes públicos (ESPANA, 2016).

Observe-se que em casos semelhantes as Cortes constitucionais de cada país, deram aos direitos fundamentais trazidos à discussão – especialmente o direito do exercício de manifestação cultural – uma interpretação distinta, sendo que a Corte espanhola garantiu uma interpretação extensiva aos direitos fundamentais questionados, enquanto que a Corte brasileira, na análise de idênticos direitos – considerando aí o núcleo fundamental do direito tutelado, qual seja a manifestação cultural – conferiu a estes, interpretação restritiva.

Mas não é só.

Recentemente o Tribunal Constitucional da Alemanha, cuidou de analisar questão que envolvia a prática de zoofilia, uma vez que em razão da proibição administrativa de tal prática, determinado grupo de pessoas invocou seu “[...] direito [fundamental] a autodeterminação sexual [...]” (SARLET, 2016b).

Houve, certamente, o afastamento do argumento de violação de referido direito fundamental, contudo, não se pode deixar de consignar o fato da Corte constitucional alemã ter admitido ao menos em tese a violação de direito fundamental neste caso (SARLET, 2016b) o que demonstra, de forma clara, que os direitos fundamentais passam por novo movimento de ampliação dos direitos tutelados, a fim de aumentar seu espectro de atuação.

Tais questões são trazidas a lume a fim de demonstrar que, atualmente, os desafios do direito na interpretação dos direitos fundamentais perpassam não só pela seara do próprio direito da pessoa humana, relacionando-se com situações outras que devem ser dissecadas ao promover tal interpretação, a fim de que se garanta uma clara compreensão do tema abordado.

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais em nosso ordenamento foram inseridos no texto constitucional como norma fim/tarefa do estado, que deve exercer tal obrigação em completa consonância com o ordenamento com um todo, contudo, sob o lume interpretativo da dignidade da pessoa humana, pedra fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, estes novos desafios exigem que nos atentemos claramente as premissas estabelecidas pelos direitos fundamentais, bem como a própria abertura da moldura semântica da normativa constitucional referente aos direitos fundamentais, que permite a realização de uma interpretação ampliativa destes justamente no objetivo de cumprir seu papel essencial: a tutela da dignidade da pessoa humana.

Por fim, deve-se consignar que ainda que se alegue que inexistam direitos absolutos, os direitos fundamentais, a luz da dignidade da pessoa humana exerce papel fundamental no Estado Democrático de Direito brasileiro, devendo o interprete, neste caso, ao proceder à ponderação entre eventuais normas que venham colidir com normas de direitos fundamentais, partir da necessidade de prevalência de tais direitos sobre quaisquer direitos que lhe sejam contrapostos.

CONCLUSÃO

Observou-se no desenvolvimento da presente pesquisa que o reconhecimento dos direitos humanos, até sua ulterior fundamentalização, deu-se a partir de um caminho tortuoso, ora com avanços, ora com retrocessos, que acabaram por permitir, inclusive a partir do século XX, a discussão da própria internacionalização dos direitos humanos, principalmente após o segundo pós-guerra, considerado como um período negro no linear de desenvolvimento da tutela destes direitos.

Tal fato, inclusive, permitiu a superação do conceito clássico de soberania ensejando a criação de Cortes supranacionais, momento que os membros de determinado sistema protetivo (seja regional, seja internacional), passaram a se submeter à jurisdição externa no que pertence a atos de violação de direitos humanos.

Ainda nessa senda, verificou-se o desenvolvimento de uma teoria denominada ecologismo personalista, que insere no campo de discussões a necessidade de reconhecimento da interdependência do homem e da natureza, destinada a superar o ideal primitivo antropocentrista acabando com o desnivelamento existente entre as espécies.

Considerando tais premissas, aliadas ao caso trazido a estudo, tem-se que o direito possui novos e intensos desafios no que pertence a tarefa de interpretar dos direitos fundamentais, uma vez que tal análise na atualidade não perpassa somente pelos próprios direitos da pessoa humana, havendo inúmeras variantes que podem influenciar em tal análise.

Em que pese nos casos trazidos a estudo, não haja o reconhecimento expresso de direitos de personalidade aos animais, é de se apontar que especialmente o Brasil, por sua Corte Suprema, ao proceder à tutela dos animais, deixou claro nos precedentes citados que a norma constitucional invocada – CRFB-1988, art. 225, VII – tutelava tanto o animal humano, quanto o animal não humano o que permite questionar se estaríamos próximos de permitir uma interpretação extensiva aos direitos de personalidade a seres que até então era meramente coisificados, com mero valor e não dignidade.

Não se pode de todo desconsiderar que as cartas estão na mesa e que tal caminho já vem sendo percorrido, mesmo que a passos lentos.

Por fim, deve-se consignar que ainda que se alegue que inexistam direitos absolutos, os direitos fundamentais, a luz da dignidade da pessoa humana exerce papel fundamental no Estado Democrático de Direito brasileiro, devendo o interprete, neste caso, ao proceder à ponderação entre eventuais normas que venham colidir com normas de direitos fundamentais, partir da necessidade de prevalência de tais direitos sobre quaisquer direitos que lhe sejam contrapostos.

REFERÊNCIAS

BALLESTEROS, Jesús. *Ecológismo personalista: cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

BARONGENO, Maria Cristina de Luca. *Direitos humanos sociais: necessidade de positivação das regras de interpretação?* 2009. 154f. Tese – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-06072011-093810/pt-br.php>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1856/RJ*. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento 26/05/2011. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1856&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983/CE*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento 06/10/2016. 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 01 mai. 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. *Sentencia 177/2016, de 20 de octubre de 2016*. Recurso de inconstitucionalidad 7722-2010. 2016. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2016-11124.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). *Case nº 15-cv-04324-WHO*. Order granting motions to dismiss. Re. Dkt. Nos. 24,28. Naruto, et. al. (Paintiffs) v. David John Slater, et. al. (Defendants). Northern District of California – United States District Court. William H. Orrick, United States District Judge. Dated: January 28 2016. Disponível em: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candcel/3:2015cv04324/291324/45/0.pdf?ts=1454149106>. Acesso em: 09 abr. 2018.

FREITAS, Vladimir de Passos. *O caso do macaco Naruto e os novos desafios ao Direito*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-08/segunda-leitura-macaco-naruto-novos-desafios-direito>. Acesso em: 09 abr. 2018.

GALLO, Jorge Ivan Hübner. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago de Chile: Editorial Andres Bello, 1973.

PEOPLE FOR THE ETHICAL TREATMENT OF ANIMALS (PETA). *PETA Statement: 'Monkey Selfies' case settled*. 2017. Disponível em: <https://www.peta.org/media/news-releases/peta-statement-monkey-selfie-case-settled/>. Acesso em: 10 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional. *Revista Consultor Jurídico*, 24 jun. 2016a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protecao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>. Acesso em: 01 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A proteção dos animais e a legitimidade jurídico-constitucional da zoofilia. *Revista Consultor Jurídico*, 11 mar. 2016b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-11/direitos-fundamentais-protecao-animais-legitimidade-juridico-constitucional-zoofilia>. Acesso em: 01 maio 2018.

3

A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO REGULADOR DO SISTEMA NORMATIVO DE AGROTÓXICOS

*Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro*¹

*Larissa Fatima Russo Françoze*²

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa discutir o tema da sustentabilidade ambiental e o uso de agrotóxicos à luz do princípio da fraternidade, abordando questões relacionadas ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a regulamentação jurídica do uso de agrotóxicos no ordenamento jurídico nacional e o emprego da fraternidade, como instrumento para minimizar as externalidades negativas decorrentes da política de agrotóxicos adotada no Brasil.

¹ Professora Adjunta da UFMS. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Estágio de Pós-doutorado em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM. Líder do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPQ “Direito, Cidadania e Desenvolvimento Sustentável”. E-mail: lene_ortolan@hotmail.com.

² Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Integrante do grupo de estudo e pesquisa Direito e Fraternidade, vinculado ao CNPq-UNIVEM. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Presidente da Comissão das Mulheres Advogadas da subseção de Osvaldo Cruz/SP. Advogada: larissa.francozo@hotmail.com

A fraternidade, enquanto princípio, tem assento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL 1988) e pode revelar um possível diálogo com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que se tem a possibilidade de revelar a conscientização do homem, em sua relação com a natureza e na sua relação com a vida em todas as suas formas, comprometendo-o com uma nova sociedade focada em concretizar a equidade.

E, no que se refere ao uso de agrotóxicos, considerando o fato do Brasil ocupar desde 2009 o primeiro lugar no ranking mundial do consumo, surge a necessidade de se (re)pensar e (re)organizar o sistema normativo que regulamenta e chancela esta prática, já que, neste ponto, a invocação tecnológica não tem caminhado em prol da tutela do meio ambiente, diretamente afetado negativamente pelo uso desta técnica, implicando também na degradação da qualidade de vida no planeta.

O propósito é demonstrar que a fraternidade, enquanto instrumento jurídico, pode ser grande aliada neste embate, despontando como um novo paradigma regulador desse sistema. Para tanto, a pesquisa utilizar-se-á do método utilizado hipotético-dedutivo, e será de cunho bibliográfica.

1. FRATERNIDADE E MEIO AMBIENTE: DIREITOS DE UMA MESMA DIMENSÃO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a fraternidade surgem em um mesmo momento: são marcos da terceira dimensão de direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, e foram impulsionados pela revolução tecnológica, que contribuiu para o enfraquecimento dos direitos e liberdades fundamentais anteriormente conquistados.

Surgem como uma nova categoria de direitos, apta a enfrentar as mudanças sociais, denotando uma expansão da titularidade dos direitos fundamentais, que se deu por meio do reconhecimento de novos direitos, direitos estes que, nos dizeres de Bonavides (2004, p. 569) transcendem

à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

O princípio da fraternidade enuncia reflexão sobre o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente sadio, que implica no direito à sadia qualidade de vida, cujas titularidades são transindividuais.

No âmbito constitucional, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL 1988) consagrou no art. 225 o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito de todos, assegurando-o como “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”.

Trata-se de direito fundamental dirigido à vida em todas as suas formas, impondo ao Estado e à coletividade o dever de preservação e defesa, para as atuais e também futuras gerações. Para Britto (2006, p. 216), a etapa fraternal do constitucionalismo alcança:

[...] a dimensão da luta pela afirmação do valor do desenvolvimento, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da democracia e até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

A proposta do constitucionalismo fraternal implica um despertar para que condições existenciais mínimas sejam garantidas, enquadrando-se nestas o “mínimo existencial ecológico”, imprescindível à sadia qualidade de vida e, conseqüentemente, intrínseco à dignidade da pessoa humana. Assim, é possível afirmar que, como categoria jurídica, a fraternidade corrobora com os preceitos do desenvolvimento sustentável.

Importante registrar que a preocupação com a tutela do meio ambiente não esteve dentre as prioridades internacionais até 1950. Cançado Trindade (1993, p. 39) discorre sobre a aproximação da questão ambiental e a proteção dos direitos humanos, explicando que a proteção dos direitos humanos teve seu marco com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, enquanto a tutela ambiental só ganhou destaque com a Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972, documento produzido pela da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, que sinalizou propostas para solucionar o problema do crescimento econômico face à escassez dos recursos naturais. José Afonso da Silva (2013, p. 61) enuncia os princípios da Declaração como prolongamento da Declaração de 1948.

A Declaração de 1948 tratou da questão ambiental como tutela da saúde e do trabalho, revelando o desconhecimento da crise ambiental naquele contexto. Somente em 1962, com a publicação da obra “Primavera Silenciosa” da ecologista norte-americana Rachel Carson (2010), é que se registrou o início das discussões e preocupações com a questão ambiental no âmbito teórico, despertando para a consciência ambiental por meio de uma história que demonstra o potencial humano em degradar e alterar a natureza na qual está inserido.

Nessa obra, a autora alerta sobre o uso de pesticidas de longa ação residual, expondo que:

O mais alarmante de todos ataques do ser humano ao meio ambiente é a contaminação do ar, do solo, dos rios e dos mares com materiais perigosos é até mesmo letais. Essa poluição é, na maior parte, irreversível; a cadeia de males que ela desencadeia, não apenas no mundo que deve sustentar a vida, mas nos tecidos vivos, é, na maior parte, irreversível. Nesse meio ambiente de contaminação agora universal, os produtos químicos são os parceiros, sinistros e raramente identificados, das radiações na alteração da própria natureza do mundo – a própria natureza da vida que nele habita (CARSON, 2010, p. 22).

A pesquisa científica realizada por Carson elucidou ao público da época (especialmente os norte-americanos) o quão prejudicial à natureza e à vida humana é o uso dos agrotóxicos, sobretudo o diclorodifeniltricloroetano (DDT). Foi apenas com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio ambiente, realizada em Estocolmo, em 1972, que a questão ambiental ganhou dimensão no cenário internacional, passando a integrar as agendas de prioridades dos Estados.

Guido Soares (2003, p. 173) enuncia que as normas voltadas à tutela internacional do meio ambiente “têm sido consideradas como um complemento aos direitos do homem, em particular o direito à vida e à saúde humana”.

É neste cenário que se consolidou um novo modelo de desenvolvimento: o sustentável. Em 1983, a Organização das Nações Unidas (ONU), criou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, com o objetivo de elaborar um relatório informativo sobre desenvolvimento e as questões ambientais que o permeiam, em todo o planeta.

Em 1987, a comissão finalizou o trabalho, com a publicação do documento intitulado “Nosso Futuro Comum” (ou Relatório Brundtland), que definiu expressamente o desenvolvimento sustentável:

Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas (NOSSO FUTURO COMUM, 1991).

O núcleo do desenvolvimento sustentável visa compatibilizar o desenvolvimento e o crescimento econômico com o direito de todos de viver em um meio ambiente equilibrado e ainda salvaguardá-lo para as gerações vindouras, o que só se viabiliza com o comprometimento de toda sociedade, o que implica no reconhecimento da incidência do princípio da fraternidade.

Hodiernamente, observa-se que as diversas alterações ambientais, que marcam a atual sociedade são justificadas em prol do desenvolvimento econômico e das necessidades sociais. Estas alterações são identificadas de forma aceleradas e individuais e acentuadas pela falta de valores éticos.

Devido a isto, tem-se a necessidade de falar-se em preservação ao meio ambiente equilibrado através de um princípio ético, onde todos possam compreender a sua responsabilidade e conseqüentemente colaborar para a concretização, ou seja, a fraternidade.

A fraternidade é um princípio jurídico que tem suas origens na Revolução Francesa, pois foi nesta época em que combater as desigualdades sociais tornou-se uma aspiração. Desta forma, as pessoas perceberam que somente atingiriam o bem-estar social se protegessem os direitos fundamentais de todos.

O meio ambiente equilibrado representa a possibilidade de efetivar os direitos humanos que concretiza os direitos mínimos a cada cidadão, incluído a qualidade de vida. Enquanto direito fundamental, trata-se de um direito de fraternidade que requer a cooperação na preservação ambiental.

Percebe-se que o princípio da fraternidade conjugado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma equação eficiente na salvaguarda da vida em todas as suas formas.

Assim, a fraternidade é o que norteia e origina transformações sociais e ambientais, além de ser o princípio que deveria ser base para originar outros princípios e elaboração de políticas públicas em prol do desenvolvimento sustentável, uma vez que orienta no sentido de caber a cada indivíduo, principalmente de forma coletiva, lutar por um meio ambiente equilibrado e sustentável, retirando a figura do sujeito como sendo exclusivamente o titular de um direito ou dever e destina-se essa proteção e responsabilidade a todos.

A fraternidade, todavia, não se apresenta apenas como enunciação de um conceito, mas como princípio ativo, motor do comportamento, da ação dos homens, com uma conotação essencialmente moral. Assim, Ela deve ser considerada – a meu ver- estreitamente ligada ao mesmo tempo ao preâmbulo, nas partes em que evoca a idéia

[sic] da família humana e considera a declaração um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações, e ao artigo 29, que introduz a ideia dos deveres que todo ser humano tem para com a comunidade (AQUINI, 2008, p. 133).

É o princípio da fraternidade que leva ao despertar para a conscientização do homem em construir um meio ambiente equilibrado e conseqüentemente a (re)ver e (re)pensar nas escolhas da melhor técnica de produção, sobretudo no que se refere ao uso de agrotóxicos, porque ensina a necessidade de cooperação mútua entre todos os membros da sociedade em busca do bem-estar social, vez que todos estão no mesmo patamar, assim há união de forças para concretizar a proteção do meio ambiente, que implica uma questão de saúde.

Mas, o princípio da fraternidade não funciona de maneira mágica, onde imediatamente a sua aplicação colocará em ordem na sociedade, este princípio apenas oferece condições à sociedade para que ela repense seus atos, vez que um dos objetivos do constituinte brasileiro e também das organizações internacionais é buscar maneiras de convivência, pacífica, digna e sustentável, para que isto integre a realidade de todos os cidadãos. Neste ponto, vale destacar o que ensina o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (2007, p. 98):

A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida.

Deve-se, portanto, desmistificar a ideia de que a fraternidade está ligada apenas a esfera religiosa e que é conceituada e utilizada apenas como amor ao próximo. A fraternidade vai muito além desta questão, porque é um princípio norteador, ao lado da igualdade e liberdade, apta a construir uma sociedade melhor e conseqüentemente mais justa.

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E O USO DE AGROTÓXICOS: É POSSÍVEL EQUILIBRAR ESTA RELAÇÃO?

Dentre os desafios hodiernos em prol da implementação do desenvolvimento sustentável destaca-se a necessária relação entre a política de tutela ambiental e a manutenção do crescimento do setor agrário, haja vista o grande impacto positivo na balança comercial, cuja representação do setor é de aproximadamente 23% (vinte e três por cento) do total do produto interno nacional (PIB), conforme dados da Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA).

De um lado, tem-se o emprego de novas técnicas para modernizar e otimizar o modelo de produção agrária, porém estas inovações não beneficiam na mesma proporção as formas e mecanismos de expropriação dos recursos naturais.

E nestes moldes o qualificativo “sustentável” distancia-se do paradigma de desenvolvimento introduzido pela Constituição Federal de 1988. Eis a necessária utilização de novos instrumentos para equacionar esta relação, sobretudo considerando os ditames da ordem constitucional econômica: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL 1988).

A exploração da atividade econômica encontra-se sujeita à realização de interesses sociais, incidindo, destarte, o princípio da fraternidade. Assim, os indivíduos estão autorizados a:

usufruir de sua propriedade e exercer a liberdade de iniciativa, aspectos característicos do Estado Social Democrático de Direito que privilegia ideais capitalistas, ao mesmo tempo em que determinada o cumprimento da função social como condição para tutela estatal, consagrando a expressiva contemplação do social em detrimento das ações individualistas (DI PIETRO, 2013, p. 66).

Não obstante, preceitua referido art. 170 princípios a serem observados na consecução do objetivo da ordem econômica, destacando-se, dentre eles, o inciso VI: “defesa do meio ambiente, inclusive mediante

tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Um novo tratamento, que revela a preocupação com a manutenção e equilíbrio da relação entre a exploração da atividade econômica e a proteção dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

A exploração da atividade econômica, com destaque ao agronegócio³, deve observar a concretização dos direitos fundamentais, notadamente a conciliação com a preservação ambiental, em prol de se resguardar qualidade de vida a todos.

Mas a questão não se revela tão simples: alerta-se para a difícil tarefa de conciliar o desenvolvimento sustentável, adotando-se um modelo produtivo que não promova nem intensifique danos ambientais, com as novas técnicas empregadas para a garantir produtividade e consequente lucro. Neste ponto, destaca Ehlers (1994, p. 31)

Ao lado dos problemas sociais gerados pela modernização agrícola brasileira, evidenciaram-se os problemas ambientais decorrentes, em grande parte, da intensiva mecanização e do uso de agrotóxicos. Os agrotóxicos passaram a ser aplicados em doses exageradas, sem obedecer as normas e critérios de segurança exigidos nos países do primeiro mundo. A partir dos anos 70, tornaram-se mais freqüentes os casos de contaminação de recursos hídricos, dos solos e de cadeias alimentares, incluindo os animais, os alimentos e o próprio homem.

Neste ponto merece destaque o uso de agrotóxicos, consideradas substâncias químicas tóxicas que visam combater diversas espécies de organismos no controle e eliminação de pragas e doenças que prejudiquem e comprometam a produtividade da lavoura. Porém, seu uso contamina o solo, lençóis freáticos, rios e faz com que uma (boa) parte dessas substâncias seja absorvida pelas plantas, contaminando os alimentos e consequentemente afetando a saúde humana.

³ Aqui compreendido como o modelo de desenvolvimento econômico agropecuário do sistema capitalista.

Importante considerar que o Brasil, desde 2008, ocupa a primeira posição no ranking do mercado de consumo mundial destes produtos⁴, impactando negativamente no equilíbrio do meio ambiente, na saúde humana, na conservação da biodiversidade e contribuindo para o aumento da emissão de gases que provocam o efeito estufa (GEE).

Neste passo, registra-se que o cenário da regulamentação do uso, produção e comercialização de agrotóxicos no Brasil foi marcado por políticas de fomento, o que o levou a ocupação do topo do ranking no consumo. Há, portanto um desequilíbrio na relação entre a exploração da atividade econômica e a tutela do meio ambiente, que faz sentir na qualidade de vida e na saúde humana.

O sistema regulatório hodierno tem por base a lei n. 7082/89 e seu regulamento, o Decreto n. 4074/02. O texto normativo “dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins”.

Ainda, integram este sistema, Portarias do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), destacando que para um produto ser registrado no Brasil, ele submete-se à avaliação pelos dois órgãos citados e ainda pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), que realiza uma espécie de dossiê ambiental para averiguar o potencial poluidor do produto. O registro será fornecido pelo Mapa, com validade indeterminada, porém sujeito à reavaliação toxicológica.

Mas esse sistema de comando e controle dos agrotóxicos não institui medidas necessárias para o uso seguro destas substâncias. Como destacam Oliveira Filho e Padilha (2016, p. 129)

⁴ Conforme documento divulgado pelo INCA (Instituto Nacional do Câncer), em 2014.

O atual sistema é falho, pois não especifica mecanismos que possibilitam à coletividade o conhecimento dos perigos efetivos de contaminação que o uso do agrotóxico acarreta ao ser humano, e ao meio ambiente, colocando em risco a saúde ambiental. [...] não tem como verificar os resultados finais do uso do agrotóxico e, por isso, é falho e ineficiente; acrescente-se, ademais, que esse mesmo sistema não estimula pesquisas no sistema operacional tampouco incentiva a implantação de tecnologias mais avançadas.

A participação popular não foi contemplada como instrumento nesta cadeia, o que permitiria a efetiva participação da sociedade nos processos decisórios e regulamentares das atividades estatais que tenham por objeto os agrotóxicos. Por uma justificativa plausível: é dever de todos defender e preservar o meio ambiente.

Ademais, além de não permitir a participação, o direito à informação ambiental também fica renegado, impedindo o acesso da população à informações relevantes sobretudo quanto à nocividade e prejuízos à saúde. No mesmo ritmo a lei não contemplou adoção de medidas preventivas, essência do direito ambiental.

Questão correlata à inefetividade é a fiscalização. As principais formas de violação da lei são a utilização de produtos com prazo de validade vencido, forma de armazenamento inadequado, destinação final adequada, receituário prescrito de forma incompleta ou sem assinatura do engenheiro agrônomo responsável.

A proteção do trabalhador durante a utilização do produto é outro ponto negativo destacado. Quando fornecidos, não há fiscalização do uso adequado dos equipamentos de proteção individual (EPI), expondo-o a doenças, intoxicação e desequilibrando o *habitat* laboral.

Resta clara a dissonância entre o que preconiza a CF/88, ao prever no art. 196, o dever estatal de garantir a saúde, via adoção de políticas socioeconômicas voltadas à redução dos riscos de doenças, e ainda o art. 225, §1º, IV que fixa como dever do Estado controlar a produção, o comércio e a utilização de substâncias que impliquem riscos à saúde e à, além da qualidade ambiental.

É possível concluir, portanto, que a busca da equação e do resultado positivo para a relação “sustentabilidade *versus* agrotóxicos” só restará efetiva se houver consciência cidadã, já que a responsabilidade do ser humano vai muito além da sua relação apenas para com a natureza: inclui também a sua relação responsável com a vida do outro ser humano. O desenvolvimento sustentável contempla, também, a diversidade ambiental e social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando o produtor utiliza-se dos agrotóxicos para controlar a eliminação de pragas e doenças que possam prejudicar e comprometer a produtividade da lavoura, impactando diretamente na saúde humana, na qualidade do ambiente e no aumento da emissão dos gases que geram o efeito estufa, revela total desrespeito e inobservância com o princípio da fraternidade.

Nesta seara, o princípio da fraternidade, garante eficiência para resolução de conflitos ambientais, porque mostra que a responsabilidade é coletiva, convoca a todos que são submetidos à ordem jurídica, para efetivar a construção de uma sociedade justa e igualitária para garantir o direito fundamental que é o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL 1988) apresentou um novo paradigma para regulamentar a questão ambiental: elevou o direito ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, mencionando-o de forma expressa em diversas passagens do texto constitucional, atribuindo deveres ao poder público e à sociedade em prol do meio ambiente.

A preocupação com o sistema de regulação vigente denuncia a importância de se voltar à discussão da garantia de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, como o direito à vida, ao meio ambiente e à saúde. Os mecanismos de fiscalização e o controle do uso de agrotóxicos não têm se revelado eficientes, diante do aumento de contaminação

ambiental e de doenças fatais comprovadamente decorrentes do uso destas substâncias.

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado depende, para sua concretização, da adoção de práticas que permitam acrescentar ao desenvolvimento o adjetivo “sustentável”, juntamente com a participação direta e efetiva da sociedade. Os princípios constitucionais, notadamente a fraternidade, devem ser privilegiados sobre qualquer legislação infraconstitucional, em prol da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. *In: Antônio Maria Baggio (org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas.* Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20/07/2017.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como Categoria Constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARSON, Rachel. *Primavera Silenciosa.* São Paulo: Gaia, 2010.

DI PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan. A dimensão constitucional da atividade empresarial. *In: LIMA, Sandra Mara Maciel de; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho; RIBAS, Lídia Maria (org.). Sustentabilidade econômica e social em face à ética e ao Direito.* Florianópolis: FUNJAB, 2013.

EHLERS, Eduardo Mazzaferro. *O que se entende por agricultura sustentável?* Dissertação (Mestrado em Ciência Ambiental) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1994.

NOSSO FUTURO COMUM. *Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.* 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

OLIVEIRA FILHO, Ari Alves de; PADILHA, Norma Sueli. Limites da Regulamentação Ambiental do Agrotóxico e a Vulnerabilidade do Consumidor. In: COUSILLAS, M. J.; SOUZA, M. C. S. A.; PADILHA, N. S. (coord.). *Direito ambiental e socioambientalismo I*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/9105o6b2/01g3h599/ficha-catalografica.pdf>. Acesso em: 10/02//17.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandra *et al.* *Agrotóxicos: a nossa saúde e o meio ambiente em questão: aspectos técnicos, jurídicos e éticos*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

BAGGIO, Antonio Maria (org). *O princípio esquecido*. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

LORENZO. Wambert Gomes Di. *Teoria do Estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MOREIRA, Josino Costa *et al.* . Avaliação integrada do impacto do uso de agrotóxicos sobre a saúde humana em uma comunidade agrícola de Nova Friburgo, RJ. *Ciência Saúde Coletiva*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 299-311, 2002. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232002000200010&script=sci_arttext&tlng=. Acesso em: 15 abr. 2018.

EUGENIA: ASPECTOS LEGAIS À LUZ DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

*Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã*¹

*Giovanna Soares Nutels*²

*Mário Furlaneto Neto*³

INTRODUÇÃO

Atualmente, o desenvolvimento biotecnológico e a expansão capitalista trazem inúmeros impactos e consequências para a vida humana e seus respectivos entornos, havendo a necessidade de conscientização universal.

Desta forma, nasce a bioética com a finalidade de trazer à baila princípios éticos visando direcionar questões envolvendo a manipulação

¹ Professora da graduação do curso de Direito da FAEF – Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral. Advogada. Graduada em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2015). Mestre em Direito na área de concentração “Teoria do Direito e do Estado” no UNIVEM/Marília-SP. Bolsista CAPES/PROSUD (2016/2018). Integrante dos grupos de pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e GRADIF (Gramática dos Direitos Fundamentais) no UNIVEM. E-mail: bruna.guesso@gmail.com.

² Acadêmica do curso de Medicina na Universidade de Marília (Unimar). E-mail: giovannasoaresnutels@hotmail.com.

³ Professor titular da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Doutor em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Mestre em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Marília Fundação Eurípides Soares da Rocha. E-mail: mariofur@univem.edu.br.

genética e seus entornos. Por outro lado, o biodireito visa estabelecer normas que tutelam os novos avanços, preconizando limites e garantias com base em seus princípios.

Desta feita, o biodireito e a bioética regem a administração das experiências médicas, assegurando limites éticos frente as manipulações genéticas, visando a proteção e a preservação da raça humana.

Nessa perspectiva, a importância da proteção ao ser humano, nomeadamente em relação a eugenia, recebe atenção no presente estudo, tendo em vista que a eugenia destacou-se na segunda guerra mundial em decorrência das atrocidades praticadas pela Alemanha Nazista em busca de uma “raça pura”.

Salienta-se que a eugenia objetiva o “aperfeiçoamento” de características do ser humano, seja em prol de melhorias genéticas ou aprimoramento de aspectos físicos, denominando-se, respectivamente, de eugenia negativa e eugenia positiva.

Assim sendo, a discussão proposta mostra-se relevante e se justifica em virtude da necessidade da efetiva proteção ao ser humano por meio das ações éticas, garantindo, desta forma, o futuro das próximas gerações.

O escopo da abordagem é analisar, mediante o método dedutivo, por meio de revisões bibliográfica e legislativa, os impactos da segunda guerra mundial, sob a perspectiva da eugenia, bem como, enfrentar questões atinentes à eugenia e seus respectivos entornos, e por fim, analisar a bioética e o biodireito frente a eugenia.

Para tanto, como alicerce e referencial teórico, enfrentar-se-á aspectos da segunda guerra mundial, em especial no que se refere à manipulação genética, a eugenia, a bioética e o biodireito, conforme passa a expor.

1. OS IMPACTOS DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: SOB A ÓTICA DA EUGENIA

A necessidade de se pensar de forma ética nos experimentos envolvendo seres humanos se deu em decorrência de brutalidades causadas à humanidade.

Na Alemanha Nazista, os campos de extermínio retrataram um triste período da história, nos quais os mais bárbaros crimes contra a vida humana foram idealizados e executados em nome de uma “raça pura”.

Assim, diante das crueldades realizadas pelos nazistas, principalmente, no sul da Alemanha nos campos de extermínios, dentre os quais se destaca o Auschwitz-Birkenau, objetivou-se a purificação da raça ariana, por meio de práticas eugênicas.

Nessa dimensão, Hitler mandou exterminar milhões de pessoas, principalmente, as que eram de origem judia, dentro da mitologia de que o judeu era uma raça inferior, e que a raça ariana – a alemã – era superior.

Após as crueldades praticadas na Alemanha Nazista, que realizou inúmeros experimentos cruéis com o ser humano, surgiu a busca pela limitação e regulamentação de uma série de normas éticas a fim de proteger o ser humano e evitar novas atrocidades como as ocorridas na segunda guerra mundial.

Denota-se que os impactos da segunda guerra mundial se expandiram ao redor do mundo, havendo uma grande movimentação ética e jurídica para se tutelar o ser humano em face às manipulações genéticas.

No âmbito do Brasil, há algumas diretrizes nacionais acerca dos progressos científicos e dos respectivos procedimentos bioéticos, princípios e regulamentações que devem ser obedecidas.

A Constituição Federal busca assegurar a proteção do ser humano, tanto por meio do princípio da dignidade humana quanto pelo direito à vida, à saúde, garantindo a igualdade, a liberdade e a segurança.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.168/2017, bem como a Lei de Biossegurança 11.105/2005 visam também dar guarida aos direitos do ser humano frente a pesquisa científica e ao progresso biotecnológico.

Não obstante, a procura pela perfeição é uma das características apresentadas pelo ser humano desde os tempos primitivos, buscando selecionar qualidades humanas, bem como a superioridade da raça. Nesse

sentido, o desenvolvimento biotecnológico é uma ferramenta para tanto, que acelera e promove a pesquisa científica.

Portanto, necessário trazer à discussão aspectos da eugenia e suas respectivas vertentes para melhor compreensão do tema proposto.

2. EUGENIA E SUAS VERTENTES

No contexto dos avanços científicos na engenharia genética e da busca incansável pelas melhorias física e mental do ser humano, a eugenia é uma prática, que faz parte da história da humanidade e não ficou restrita ao passado, visto que se faz presente na atualidade e pode apresentar caráter positivo ou negativo, conforme as condutas adotadas. Ainda há desafios nesse âmbito, sobretudo na distinção das ações eugênicas permitidas e as ações não permitidas. Junto a isso vêm os dilemas éticos e legais e a criação da Lei nº 8.974, de 06 de janeiro de 1995, que proíbe a clonagem humana e a manipulação genética de células germinais (MAI; ANGERAMI, 2006).

Em 1883, Francis Galton, influenciado pelo evolucionista Charles Darwin, definiu o termo eugenia como um conjunto de técnicas ou procedimentos capazes de melhorar a espécie humana. Por meio de intervenções de controle reprodutivo e conhecimentos de transmissão hereditária, buscava-se a saúde e o aprimoramento das descendências, selecionando as qualidades e reduzindo as imperfeições humanas. Sendo assim, considera-se ação eugênica qualquer uso de conhecimentos e técnicas científicas em favor da procriação de crianças saudáveis (MAI; ANGERAMI, 2006; SANTOS *et al.*, 2014).

Assim, essa ideologia classificava os homens e mulheres em melhores ou piores conforme suas características e critérios de aptidão para reprodução nos padrões eugênicos. Tentava-se justificar cientificamente e socialmente as medidas eugênicas com a tentativa de construir uma sociedade saudável (MAI; ANGERAMI, 2006; SANTOS *et al.*, 2014).

Ainda no século XIX, o geneticista Gregor Mendel contribuiu bastante para as práticas de manipulação genética. Na década de 1970 houve grande avanço nessa área com o desenvolvimento da primeira técnica de

engenharia genética, o DNA recombinante. Desde então, aconteceram muitas conquistas técnico-científicas. A associação das áreas de genética, biologia molecular e engenharia genética é chamada de eugenética, a forma contemporânea da eugenia (CACIQUE, 2012; SANTOS *et al.*, 2014).

Desde 1985, há o recurso de exames genéticos pré-natais, porém a interrupção da gravidez como forma de evitar o nascimento de crianças com doenças genéticas é prática proibida por lei no Brasil. Em alguns casos, o mais adequado seria a terapia genética para tratar a causa genética da afecção, visando combater problemas de saúde ou deficiências.

No início do século XX, em pleno auge do movimento eugenista mundial e brasileiro, a eugenia negativa propunha limitar a procriação considerada ruim, limitando a reprodução de casais com problemas genéticos, estimulando a esterilização, a segregação de doentes mentais e o aborto eugênico. Atualmente, recursos da engenharia genética podem ajudar casais com problemas genéticos ao permitir a retirada do gene defeituoso, caracterizando, no entanto, ação eugênica negativa da mesma forma, porém, na visão contemporânea, a eugenética negativa no século XXI consiste em medidas para prevenir doenças genéticas. Por outro lado, a eugenia positiva visava estimular a boa procriação, já nos dias atuais busca melhorar as características dos novos descendentes (MAI; ANGERAMI, 2006).

Dentre as intervenções eugênicas, realizava-se seleção matrimonial, controle governamental sobre os casamentos e sobre a reprodução, medidas anticoncepcionais e de esterilização, exigência de exames pré-nupciais e de estudos genéticos. Tais medidas eram consideradas grandes ações sociais e políticas em favor da “melhora da raça humana” (SANTOS *et al.*, 2014).

A eugenia positiva busca aprimorar a espécie humana, selecionando características favoráveis ao seu aperfeiçoamento. A princípio, praticada através do controle matrimonial conveniente para perpetuar determinada característica e, atualmente, com a seleção de gametas ou embriões geneticamente mais favorecidos, técnicas de reprodução assistida e terapia gênica, portanto, a eugenia positiva trata-se de uma intervenção de aperfeiçoamento (PINA-NETO, 2008; SANTOS *et al.*, 2014).

A eugenia negativa procura prevenir doenças genéticas, impedir que genes indesejáveis se perpetuem nas descendências. Atuava por meio de política de restrição de casamentos, inclusive inter-raciais e de migração, contracepção e esterilização compulsória, aborto obrigatório, eutanásia passiva e, até mesmo, extermínio de seres humanos. Nos dias atuais, pratica ações restritivas no material genético do indivíduo. Logo, a eugenia negativa intervém visando a terapêutica (PINA-NETO, 2008; SANTOS *et al.*, 2014).

Há também procedimentos mistos que associam ambos os tipos de eugenia, como o diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI), seguido da seleção de embriões, que visa afastar a existência de patologias genéticas no zigoto assim como selecionar os embriões com informações genéticas consideradas mais desejáveis; o diagnóstico pré-concepcional, seguido da seleção gamética; e a terapia gênica germinal (SANTOS *et al.*, 2014).

As práticas eugênicas pioneiras envolviam a sociedade e abrangiam grande parte da população, já as neo-eugênicas concentram-se no âmbito individual. Estas costumam se restringir ao interesse de um casal ou da família, no entanto, também são pertinentes às futuras gerações, visto que as intervenções podem modificar o genoma humano, que é patrimônio da espécie (SANTOS *et al.*, 2014).

No contexto da saúde coletiva, essa abordagem genômica “individualizada” em detrimento da “coletiva” desloca recursos sanitários para reduzir o adoecimento em função das desigualdades em termos socioeconômicos (CARDOSO; CASTIEL, 2003).

O Conselho Federal de Medicina não permite que as técnicas de reprodução assistida sejam aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho a nascer (SANTOS *et al.*, 2014).

No campo da genética, o nascimento de um ser humano intelectual e fisicamente perfeito, como a teoria eugênica busca desde o princípio, não é mais utópico, diante das biotecnologias disponíveis e das técnicas de melhoramento genético, que ultrapassam as características humanas naturais. Dessa forma, constitui um problema ético, com repercussões na

sociedade, por privilegiar os indivíduos com intervenções genéticas em concursos, competições etc. Em contrapartida, a terapia genética busca a saúde e não o aprimoramento de seres saudáveis (CACIQUE, 2012).

Outro dilema ético é a garantia dos direitos de personalidade do novo ser, tendo em vista que a manipulação genética pode modificar o genoma do indivíduo, violando, assim, o direito de personalidade (SANTOS *et al.*, 2014).

A neoeugenia mostra-se aparentemente progressista e liberadora e desvincula-se completamente da eugenia tradicional, a qual tinha caráter repressivo e autoritário através do poder estatal. Na proposta atual da eugenia moderna, há muito envolvimento dos mecanismos de mercado, poder individual e liberdade de escolha do consumidor (CASTIEL *et al.*, 2006).

2.1 BIOÉTICA E BIODIREITO: EM FACE DA EUGENIA

O surgimento da biotecnologia e da bioengenharia são decorrentes do nascimento das novas necessidades humanas e de suas respectivas mudanças sociais. O avanço social impulsionou o avanço tecnológico, que por sua vez, culminou na necessidade de se tutelar e ampliar novos direitos.

Nesse passo, os avanços biotecnológicos, no que tange a engenharia genética, destacam-se na quarta dimensão dos direitos fundamentais, em especial por visar a preservação da raça humana e a garantia da inviolabilidade do patrimônio genético humano.

A ciência biomédica é a que determina avanços significativos na vida humana, em tema central, estes instrumentos são norteadores para novas regulamentações, delineando os progressos com limites jurídicos e paradigmas ético-morais.

Com efeito, a palavra bioética foi utilizada pela primeira vez em 1971, pelo oncologista e biólogo Van Rensselder Potter, visando demonstrar a “discussão acerca dos novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico de um viés mais tecnicista para um caminho mais pautado

pelo humanismo, superando a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudáveis pela ética” (MALUF, 2013, p. 7).

A preocupação central da Bioética são as práticas biomédicas, para que estas estejam em harmonia e com respeito à dignidade humana, sendo um estudo-científico dos seres vivos, que avaliam as condutas éticas manipuladoras da vida e da saúde das pessoas (ANDORNO, 2012, p. 35). Nesse sentir, esclarece Morgato (2011, p. 61) que o principal objetivo da Bioética “é a conduta humana especificamente no aspecto moral, visto seu comprometimento em apontar limites da intervenção do ser humano sobre a vida”.

Nessa seara, entende Diniz (2014, p. 35), que “a bioética seria, um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular”. Em breves linhas, acrescenta ao seu raciocínio que “a bioética consistiria ainda no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível” (DINIZ, 2014, p. 36).

Os avanços da medicina e da genética estão contribuindo de modo extraordinário ao desenvolvimento de novos procedimentos preventivos, diagnósticos e terapêuticos. Contudo, simultaneamente, dão lugar a novas interrogações que, por sua gravidade, não podem ser ignorados: será que há permissão para se fazer tudo o que é tecnicamente possível em matéria de manipulação genética? É necessariamente nessa seara que se destaca a bioética, cujos objetivos são delinear de maneira ética e moralmente admissíveis os limites quanto a manipulação do material humano.

A bioética é pautada em princípios básicos. São parâmetros norteadores em suas investigações e diretrizes: o Princípio da Autonomia; da Beneficência; da Não Maleficência; e o Princípio da Justiça. Todos decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais, definidos por Diniz (2014, p. 16-17, grifo do autor):

O *princípio da autonomia* requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante [...].

O *princípio da beneficência* requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das

peças envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos [...].

O *princípio da não maleficência* é um desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere* (ante tudo, não fazer dano).

O *princípio da justiça* requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente.

Destarte, a bioética tem um caráter ético e normativo por si mesma, de modo que acrescenta o mínimo ético básico que as leis devem sempre respeitar, e por sua vez manter sua independência. Assim, a bioética assume o papel de “dirigir ou orientar a legislação”, e o direito é o braço executor. Colaboram ambas estreitamente, mas separando nitidamente suas instâncias e âmbitos de trabalho.

Neste sentido, “da bioética ao biodireito”, são sistemas normativos sucessivos, que convertem em direitos os valores: “o direito aplicado no campo da bioética não contém somente regras estratégicas e reguladoras da convivência social ou sancionadoras de condutas infratoras, mas também assume e propõe valores”⁴ (TERRIBAS; SALA, 2012, p. 220, tradução nossa).

Para Maluf (2013, p. 16), Biodireito é: “O ramo do Direito Público que se associa a bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e a biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana”.

Nesse diapasão, preceitua Namba (2009, p. 14) que “quando se trata do biodireito, mencionam-se as normas de prevenção e de influência do descompromisso da eticidade na condução da vida e dos avanços científicos”.

⁴ Texto original: *El derecho aplicado al campo de la bioética no contiene solo reglas estratégicas reguladoras de la convivencia social o sancionadoras de conductas infractoras, sino que también asume y propone valores.*

De fato, frente às inovações científicas e o biodesenvolvimento, o ser humano tornou-se um elemento de manipulações, tornando as preliminares da ética e do direito fragilizadas. Desse modo, em consequência do biodesenvolvimento surgiu o Biodireito como o ramo do Direito que estuda, avalia e institui parâmetros legais acerca dos contextos relacionados à Bioética.

O Biodireito nasce da necessidade de enfrentar uma nova realidade com novos paradigmas de abordagem ética, com uma metodologia e princípios que surgem na tentativa de encontrar limites e respostas éticas e morais adequadas aos novos problemas dos cuidados com a saúde e das biotecnologias. A necessidade de enquadramento jurídico às inúmeras carências legislativas quanto à manipulação do material humano fez-se necessárias para o estabelecimento de normas e princípios que objetivam a tutela e a proteção do ser humano e sua respectiva dignidade.

Desta forma, o Biodireito é a positivação das normas bioéticas ou ao menos é uma tentativa, compreendendo-se nas normas jurídicas de permissões, limitações e sanções de comportamentos e descumprimentos médicos-científicos.

Com efeito, o Biodireito é regido pelos princípios da autonomia, da beneficência, da sacralidade da vida, da dignidade humana, da justiça, da cooperação entre os povos, da precaução e da ubiquidade.

Segundo Maluf (2013, p. 18, grifo nosso):

Princípio da sacralidade da vida – refere-se à importância fulcral da proteção da vida quando das atividades médico-científicas. Vem elencado no artigo 5º da Constituição Federal.

Princípio da dignidade humana – o referido princípio deve ser sempre observado nas práticas médicas e biotecnológica, visando à proteção da vida humana em sua magnitude. Liga-se este princípio ao da sacralidade da vida humana.

Princípio da cooperação entre os povos – refere-se ao livre-intercâmbio de experiências científicas e de mútuo auxílio tecnológico e financeiro entre os países, tendo em vista a preservação ambiental e das espécies viventes. [...].

Princípio da precaução – este princípio sugere que se tomem cuidados antecipados às práticas médicas e biotecnológicas, tendo em vista o caso concreto. Imporia, a seu turno, no caso de dúvidas sobre a possibilidade de certa atividade causar danos aos seres humanos, às espécies ou ao meio ambiente a proibição da autorização do exercício da referida atividade. [...].

Princípio da ubiquidade – retrata a onipresença do meio ambiente e da integridade genética. Tem por valor principal a proteção da espécie, do meio ambiente, da biodiversidade, do patrimônio genético. Deve ser levado em consideração cada vez que se intenciona a introdução de uma política legislativa sobre qualquer atividade nesse sentido. Visa a proteção constitucional da vida e da qualidade de vida.

Assim, nota-se que os princípios buscam impor limites às pesquisas científicas que envolvem os seres humanos para preservação da espécie, e, progressos qualitativos de vida e desenvolvimento para a coletividade.

Dessa maneira, o biodireito e a bioética frente à eugenia assumem papel de destaque, haja vista que diante das possibilidades genéticas apresentadas pela eugenia, ambos limitam as ações desenfreadas e inescrupulosas das práticas eugênicas, permitindo somente àquelas consideradas saudáveis a raça humana.

Nesse aspecto, destaca-se que na seara brasileira, a eugenia negativa está presente nas regras do CFM nº 2.168/2017 que preconiza a possibilidade de seleção de embriões para se evitar anomalias genéticas, conforme disposto no item VI desta Resolução, no que tange ao diagnóstico genético pré-implantacional de embriões, *in verbis*:

As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico. (BRASIL, 2017, p. 7).

No entanto, a eugenia positiva é vedada em nosso ordenamento jurídico como forma de proteção ao ser humano.

Assim, denota-se que a existência de limites ético-morais em torno da manipulação genética vai ao encontro da tutela da humanidade e sua dignidade.

Nesse passo, ao discorrer acerca dos limites morais da eugenia, elenca Habermas (2010, p. 84, grifo do autor) que:

Esse espaço ético de liberdade para fazer o melhor de uma vida que pode fracassar *também* é determinado por capacidades, disposições e qualidades condicionadas geneticamente. Com vistas à liberdade ética de levar uma vida própria sob condições orgânicas iniciais não escolhidas por ela mesma, a pessoa programada encontra-se, inicialmente, numa situação que não é diferente da pessoa gerada de forma natural. Contudo, uma programação eugênica de qualidades e disposições desejáveis suscita considerações morais sobre o projeto, quando ela instaura a pessoa em questão num determinado plano de vida, portanto quando a restringe especificamente em sua liberdade de escolha de uma vida própria.

Assim sendo, a eugenia provoca grandes impactos éticos e jurídicos em torno do ser humano, inclusive a limitação de escolha deste, merecendo atenção e respaldo jurídico para que o desenvolvimento biológico não ultrapasse a fronteira do eticamente admissível e permitido pelas bases dos direitos fundamentais, em especial da dignidade humana.

Portanto, as técnicas eugênicas são uma preocupação global, haja vista a necessidade de proteção da raça humana e de sua respectiva dignidade, sendo que tal assertiva apenas se efetiva se houver proteção desde as primeiras fases do desenvolvimento embrionário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O referencial teórico apresentado possibilitou concluir que em vista da garantia da dignidade e dos direitos humanos, a bioética e o biodireito são de grande valia em orientar os limites éticos na prática médica, levando

em conta que no campo da tecnologia aplicada à saúde, permanecem questões bioéticas e legais a serem debatidas na tentativa de encontrar respostas éticas e morais que norteiem o uso das tecnologias disponíveis para o cuidado com a saúde, bem como limitar ações eugênicas que possam vir a trazer danos aos indivíduos e, conseqüentemente, à sociedade.

Ademais, observa-se que frente aos desafios conseqüentes das práticas eugênicas e biotecnológicas no geral, há fundamental posicionamento jurídico a fim de regulamentar e legalizar as práticas eugênicas, evitar a violação dos direitos humanos em qualquer fase da vida, bem como preservar o patrimônio genético da espécie. No Brasil, foram estabelecidas normas e legislações que priorizam os usos da terapia genética em busca da saúde e proíbem práticas com intuito de aprimoramento de seres saudáveis.

REFERÊNCIAS

- ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidade de la persona*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- BRASIL. *Resolução nº 2.168/2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117*. Brasília, DF, CFM, 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 19 abr. 2018.
- CACIQUE, Denis Barbosa. Delineando fronteiras: reflexão sobre os limites éticos para a aplicação de tecnologias genéticas. *Revista Bioética*, [s.l.], v. 20, n. 1, p. 60-70, jan. 2012.
- CARDOSO, Maria Helena Cabral de Almeida; CASTIEL, Luis David. Saúde coletiva, nova genética e a eugenia de mercado. *Cadernos de Saúde Pública*, [s.l.], v. 19, n. 2, p. 653-662, abr. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-311x2003000200032>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- CASTIEL, Luis David *et al.* Os riscos genômicos e a responsabilidade pessoal em saúde. *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington, D.C., v. 19, n. 3, p.189-197, jan. 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. 2. ed. São Paulo, 2010.

MAI, Lilian Denise; ANGERAMI, Emília Luigia Saporiti. Eugenia negativa e positiva: significados e contradições. *Revista Latino-americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 14, n. 2, p. 251-258, abr. 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-11692006000200015>. Acesso em: 14 abr. 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORGATO, Melissa Cabrini. *Bioética e direito: limites éticos e jurídicos na manipulação do material genético*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.

PINA-NETO, João Monteiro de. Aconselhamento genético. *J. Pediatr. (Rio J.)*, Porto Alegre, v. 84, n. 4, p. 20-26, aug. 2008. Suplemento. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/jped/v84n4s0/v84n4s0a04.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

SANTOS, Vanessa Cruz *et al.* Eugenia vinculada a aspectos bioéticos: uma revisão integrativa. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 103, p. 981-995, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5935/0103-1104.20140084>. Acesso em: 14 abr. 2018.

TERRIBAS I SALA, Núria. Bioética y Derecho. In: FEITO GRANDE, Lydia; DOMINGO MORATALLA, Tomás. *Investigación en Bioética*. Madrid: Editorial Dykinson, 2012. p. 217-232.

UMA REFLEXÃO SOBRE A FALÊNCIA DO CONTRATO SOCIAL DE ROUSSEAU

*Luiz Gustavo Boiam Pancotti*¹

*Fábio Luís Binati*²

INTRODUÇÃO

O contrato social que Rousseau se refere na sua obra é um pacto implícito criado por todos conjuntamente, onde o povo abre mão de parte de suas liberdades para que um ente superior denominado Estado governe, estabelecendo leis que regerão as condutas, direitos, deveres, liberdades, bens jurídicos, propriedade, etc., regulando suas vidas de modo geral com a finalidade precípua de preservar a paz social e se auto preservar.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES/SANTOS). Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil e Prática Processual do Curso de Direito do Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO) – Araçatuba/SP. Advogado. Consultor jurídico. Endereço do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5830430541694112>

² Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Graduação e Especialização pelo Centro Universitário de Votuporanga (UNIFEV). Membro do grupo de pesquisa “Direito e Fraternidade (GEP)”, vinculado ao CNPq-UNIVEM, liderado pelo Professor Pós-Doutor Lafayette Pozzoli. Professor de cursos preparatórios para OAB. Advogado. Endereço do currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6130886068444527>.

A dúvida que é levantada neste trabalho através do método hipotético dedutivo, é a de que, em caso de ausência ou abandono do Estado em face de um grupo determinado de cidadãos, signatários desse Contrato Social implícito, que portanto confiavam na proteção do Estado, poderiam ou não rescindir o referido pacto e criar legitimamente um organismo que atendesse aos anseios anteriormente delegados e confiados ao Estado ausente.

O exemplo prático utilizado são as favelas brasileiras, onde o Estado se mostra totalmente ausente, descumprindo obrigações de atender necessidades básicas dessas comunidades, como educação, saúde e segurança, impondo a esta parcela da sociedade que se organizem sozinhos para que logrem sobreviver dignamente, o que acaba sendo feito pelo crime organizado, de modo que, é inegável, o Estado estaria descumprindo cláusula de obrigação no referido pacto social.

DO CONTRATO SOCIAL

Jean-Jacques Rousseau, em 1762, escreveu *O Contrato Social*, obra brilhante e ainda atual, explicando que o nascimento ou a existência do referido contrato foi uma imposição natural, criada pelo próprio homem diante do seu exacerbado individualismo, que fez crescer os conflitos entre os homens, tornando-se incapazes de gerir seus interesses sempre egoístas frente aos interesses dos demais indivíduos igualmente egoístas, tornando esse antigomodus vivendi inviável e fadado ao caos.

Percebendo o homem, então, que sua auto preservação dependia da união de forças entre todos, por cooperação, visando abandonar o velho modo de viver, tornaria necessário abrir mão de parte de sua liberdade natural originária para que um ente superior, perante o qual todos deveriam respeito, governasse os conflitos e liberdades do povo, que se denominou mais conhecidamente como Estado.

Ainda que este contrato não seja escrito ou expresso, mas ainda que tácito, é reconhecidamente aceito por todos e em toda parte, iguala todos os homens em direitos e obrigações, visando unicamente a proteção e preservação de todos como um único corpo.

Ocorre que nenhum contrato, união ou associação é perfeita, pois é composta de membros humanos e dotados de vontades e interesses diferentes, frequentemente colidentes, tornando a participação do Estado necessariamente efetiva e presente.

Quando o Estado, detentor desse poder de gerência sobre a justiça, a legalidade, os bens e as liberdades dos indivíduos, é ausente, ou não atinge seu objetivo a contento, o homem tende a retornar ao seu estado natural de autopreservação, buscando meios de sobrevivência conforme suas próprias forças e segundo suas próprias razões, afetando a organização imposta pelo Contrato Social e ameaçando os direitos dos demais membros dessa sociedade.

Rousseau já advertia na citada obra que quando o Estado não cumpre sua parte no Contrato Social, deixando desprotegidos os direitos dos cidadãos, que veem sua natureza humana não guardada, ocorre a guerra de todos contra todos, e a paz social, que é um dos maiores objetivos de toda e qualquer sociedade organizada, dá lugar ao caos.

Se se admite que o Contrato Social advém da necessidade do homem de delegar a gerência e administração dos bens jurídicos e demais direitos a um ente superior, por reconhecida incapacidade sua, abrindo mão de parte de suas liberdades em prol do bem comum e da boa convivência social, é esperado por estes indivíduos que este ente, então confiável, a exerça de forma justa quando suas forças forem requeridas.

Esta seria a contraprestação do Estado em face das necessidades do indivíduo que confiou a ele, ente superior, o controle da sociedade.

CRÍTICA AO EXERCÍCIO DA SOBERANIA

Sobre o termo, Sahid Maluf ensina:

Etimologicamente, o termo soberania provém de *superanus*, *supremitas*, *ousuperomnia*, configurando-se definitivamente através da formação francesa *souveraineté*, que expressa, no conceito de Bodin, o poder absoluto e perpétuo de uma República. (MALUF, 2003, p.44).

A vontade do Soberano é expressa através das leis, das quais o povo deve submeter-se, não porque é obrigado, mas porque assim deseja. Assim, admite-se que a vontade do Soberano é o reflexo da vontade do povo, porque visa, primordialmente, o bem estar daquele povo e a sua própria preservação.

Mas o exercício dessa soberania é feito através de compulsoriedade, por imposição de leis que devem ser cumpridas pelos cidadãos, ainda que com elas não concorde. Essa afirmação leva à conclusão de que a vontade geral é, portanto, imposta, e não uma livre manifestação do ser, uma escolha pessoal do sujeito, isto é, consubstancia-se em verdade da vontade da maioria apenas, fato que por si já invalidaria o contrato social, pois um dos seus principais pilares – a vontade geral – estaria viciada, uma espécie de vício de consentimento de parte do povo.

Talvez por esta razão que o exercício da soberania não é totalmente absoluto, encontrando limites à alienação de poderes, liberdades e bens dos sujeitos, apenas na medida em que são necessários à sociedade. Dessa forma, as obrigações dos sujeitos em face do Estado só os vinculam por serem recíprocos, pois do contrário, seriam exigências ilegítimas.

A partir daí indaga-se: seria legítimo que o Estado cobrasse obrigações legais (civis, criminais e tributárias) da parcela dos cidadãos privados de seus direitos pelo Estado ausente? A ausência do Estado nessas comunidades (favelas, por exemplo) seria reflexo da vontade geral? Parece evidente que a resposta é não para ambas as perguntas.

Antes da existência da justiça criada pelo Estado, como a conhecemos, existe a justiça universal que emana da razão do próprio sujeito, que, apesar de ser embasada em interesses particulares e não universais, evidenciando comportamento egoísta do sujeito, advém da natureza, como instinto, visando sua própria preservação (estado natural), que se mostra evidente quando a confiança no Estado Soberano é abalada.

A AUSÊNCIA DO ESTADO E A RESCISÃO DO CONTRATO SOCIAL

Diante de tudo o que já foi mencionado, se faz necessário levantar uma dúvida: Quando o Estado não atende a esta necessidade dos contratantes,

sendo ausente ou incapaz, deixando de proteger aquele que tacitamente lhe confiou tal missão, não lhe garantindo a reserva de liberdades que o indivíduo ainda pretendia manter, ou não lhe preservando o direito sobre seus bens, ou mesmo não oferecendo prestações positivas fundamentais, como educação, saúde e segurança, o grupo de indivíduos membros contratantes, poderia rescindir esse Contrato Social?

A dúvida é pertinente ao passo que o Estado atualmente não supre toda a necessidade da sociedade, obrigação imposta pelo Contrato Social, especialmente nas favelas, onde os direitos humanos e fundamentais básicos são negados aos sujeitos, apesar do Estado manter (ou tentar manter) suas leis ali ainda vigentes.

Em determinadas localidades o Estado é totalmente ausente, não cumprindo sua prestação de saúde, de educação, dentre outras, mas principalmente de segurança, impingindo ao povo um *status* de absoluta exceção, submetidos a viver com a total privação da assistência e proteção do Estado, e daí obrigados a se socorrerem da forma que for possível, inclusive submetendo-se a um Estado paralelo, do crime em geral, especialmente do tráfico.

Neste contexto em que o Estado não cumpre sua função básica, de garantia de direitos humanos e fundamentais, não só porque garantidos constitucionalmente, mas porque inerentes ao SER humano, afeto essencialmente à dignidade humana, é possível concluir que o Contrato Social está sendo descumprido, havendo uma clara quebra de contrato, que poderia (?) legitimar uma espécie de *rescisão*.

O objetivo deste trabalho não é pretender legitimar as atividades criminosas existentes nas favelas brasileiras, e tão menos advogar em favor delas, ou pretender justificar essas condutas paraestatais como autênticas. Mas é inegável que grupos criminosos estão ocupando um vácuo deixado pelo Estado ao se fazer ausente, e esta ocupação tem surtido efeitos positivos para a maioria dessa gente excluída, com acesso à bens jurídicos (educação, creche, energia, internet, segurança, médicos, dentistas, dentre outras) que eram e ainda são obrigação indeclinável do Estado.

Na esteira deste raciocínio, se há o reconhecido abandono total daquela parcela da população, que também são signatários desse Contrato Social, negando-se os direitos humanos e fundamentais mais básicos, é evidente que esses indivíduos irão retornar naturalmente ao Estado primitivo de antes do estabelecimento do Contrato Social, adotando práticas comuns daquele remoto tempo, não porque assim escolheram, mas porque assim lhes foi imposto pelo abandono do ente em quem eles confiavam.

Uma vez abandonados nos direitos mais básicos e essenciais para uma vida digna e ao respeito aos direitos humanos, estariam então legitimados, estes indivíduos, a rescindir o Contrato Social de que foram aderentes. Tratar-se-ia de uma situação de descumprimento de cláusulas obrigacionais pelo Estado detentor do poder, que desencadearia no direito da parte lesada em rescindir o instrumento.

Nesta hipótese, não poderia o Estado impor suas forças contra o grupo de excluídos que pretendem rescindir o Contrato Social, e exigir-lhes cumprimento de suas obrigações, quando o próprio Estado não cumpriu as dele. Seria uma cláusula de exceção. Uma espécie de exceção do contrato não cumprido, que contemporaneamente indica que o sujeito que não cumpriu sua parte no contrato não pode exigir que a outra cumpra a dela, conhecida desde os bancos acadêmicos como “*exceptio non adimpleti contractus*”.

Neste ponto abre-se parênteses para lembrar que, obviamente, a teoria do Contrato Social de Rousseau é e continua sendo apenas uma teoria, não se pretendendo equiparar a teoria com qualquer espécie de contrato expresso ou legal do campo do direito civil. O objetivo do uso de tal comparativo é meramente exemplificativo e metafórico.

Nesse esteio, a maior dúvida é estabelecer até que ponto o povo é obrigado a se submeter ao Contrato Social, mesmo diante de evidente abandono e descumprimento de obrigações por parte do Estado.

Se for admitido que o Estado é um organismo que existe e se mantém pela vontade da maioria, e concluindo-se que estes ditos excluídos à margem dos direitos humanos e fundamentais básicos não são a maioria, haveria um grave empecilho ao intento de rescindirem o Contrato Social,

já que, conforme o conceito de Rousseau, o Contrato Social criou uma unidade indivisível, um corpo comum constituído de todos.

Rousseau diz que o Contrato Social se sustenta pela vontade geral, o que é diferente da vontade de todos. Esta última se prenderia ao interesse privado, enquanto a vontade geral visa o bem comum (ROUSSEAU, 2010, p.45).

Contudo, destaca o pensador que se o objetivo maior do Estado é a sua própria conservação, este poder, chamado soberania, se impõe a todos de modo geral e amplo, ainda que contra a vontade particular de alguns ou de um grupo.

Dessa forma, ainda que esse determinado grupo seja excluído das prestações obrigacionais do Estado, isolados e reconhecidamente abandonados, tais contratantes não teriam legitimidade nenhuma para rescindir o Contrato Social, pois esta vontade encontraria óbice na vontade geral, ao passo que o Estado não poderia permitir se faça nada que seja inútil à comunidade ou contrário à sua vontade, e mais que isso, que atente contra a própria existência do Estado.

Apesar do fato de que:

Não importa por qual lado se remonte ao princípio, chega-se sempre à mesma conclusão, a saber: que o pacto social estabelece entre os cidadãos uma tal igualdade que todos se comprometem sob as mesmas condições e que todos devem usufruir os mesmos direitos. Assim, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece igualmente a todos os cidadãos, de modo que o Soberano conhece apenas o corpo da nação e não distingue nenhum daqueles que o compõem. (ROUSSEAU, 2010, p.46).

O próprio Rousseau admite que o nó social pode se afrouxar e o Estado se enfraquecer diante de interesses particulares de pequenas sociedades, que ganham força e aderentes, o interesse comum começa a perder força e ganhar opositores, e a vontade geral é ameaçada porque não é mais unânime (ROUSSEAU, 2010, p. 116).

Poderia este fenômeno ser comparado ao que acontece nas favelas brasileiras, estabelecidas como pequenas sociedades, com suas próprias regras e seus próprios meios de suprir as ausências do Estado com suas necessidades básicas.

Outro gigantesco problema encontrado na autotutela do povo nas situações acima citadas, é o fato de que inexistiria um magistrado isento, alheio ao conflito, que analisasse os litígios e prestasse uma solução totalmente imparcial, e assim outros direitos igualmente fundamentais, como o devido processo legal, a presunção de inocência, entre outros, são igualmente perdidos, o que traria mais problemas ao povo do que solução.

VÍCIOS NA TEORIA DA VONTADE GERAL

O Soberano culpa o próprio povo pela sua necessidade de desvincular-se do pacto. Se o cidadão se afasta do cumprimento das obrigações impostas pelo pacto, já que dos direitos atribuídos por este ele não tem acesso, o Estado entende este ato como atentatório ao bem comum, e usa dos meios que forem necessários para alcançar seu objetivo original, buscando manter a ordem.

Mas o próprio Rousseau (2010, p. 45) adverte: “Segue-se do que precede que a vontade geral é sempre reta e tende sempre à utilidade pública, mas não que as deliberações do povo tenham sempre a mesma retidão”.

É verdade que a teoria da vontade geral tem falhas. Não é aceitável pressupor que *todos* os cidadãos tenham aderido ao contrato social por livre e espontânea vontade, porque senão não seria *vontade geral*, mas vontade *unânime*, o que não corresponde à verdade no tocante à adesão ao referido pacto, especialmente porque o homem tende sempre a atender seus interesses particulares antes de atentar-se aos interesses gerais.

Por certo que na instituição deste ente soberano chamado Estado houveram votos vencidos, isto é, sujeitos que entendiam não ser esta a melhor forma de organização social, mas mesmo assim foram submetidos

ao contrato social que lhes teria sido, então, imposto, em prol do interesse de uma maioria, o *geral*.

Também há que se admitir que é utópico pretender que o contrato social tivesse sido estabelecido de forma unânime, e que assim permanecesse até a atualidade. É evidente que há sempre aquele sujeito que discordaria das cláusulas impostas, ou, ao longo da execução desse pacto, se tornaria contrário às suas imposições, apesar destes dissidentes serem uma minoria.

Parece ser um fato, e portanto seria inegável, que há uma parcela dos cidadãos, por menor que seja esta, que está totalmente privada da cobertura de proteção do Estado, e por esta e outras razões, também não cumpre sua obrigação contratual com o Estado, criando seus próprios microssistemas e pretendendo a rescisão com o Estado que os ignora.

É inegável ainda que essa exclusão não atende também à vontade geral, isto é, o povo não deseja que o Estado abandone ou ignore determinada parcela de cidadãos, com destaque neste trabalho para os sujeitos que vivem nas favelas, parecendo assente que a vontade geral indica um desejo de que todos sejam iguais e tenham acesso aos mesmos bens jurídicos do Soberano.

Desse modo, é forçoso reconhecer que esse descumprimento contratual perpetrado pelo Estado não reflete a vontade geral, e se não reflete a vontade geral não há legitimidade do Soberano em, ainda assim, impor suas forças contra tais cidadãos.

A RESCISÃO DO CONTRATO SOCIAL JÁ PERPETRADA

Através de uma análise do contexto social atual, especialmente das favelas mais isoladas e ignoradas pelo Estado (não é preciso ir muito longe para encontra-las), onde os sujeitos criaram seus próprios meios de atender às necessidades básicas da vida humana, criando um verdadeiro microestado dentro do grande Soberano, é possível concluir que o Contrato Social de Rousseau já foi rescindido por essa parcela da população há muito tempo.

O simples fato de o Estado não admitir que nesses pequenos territórios as suas normas nada valem, pretendendo não perder o *status* de

Soberano, é evidente que aqueles cidadãos são regidos por leis próprias, tendo criado mecanismos de solução para suas próprias necessidades de direitos fundamentais básicos, restando ainda mais evidente que o pacto já não existe mais, foi rescindido por aquele povo.

A própria impotência do Estado em face da estrutura criada nestas comunidades, que resiste ao Estado e não se submete às suas normas, evidencia sua falência e a fatídica rescisão do pacto.

Se o objetivo das leis deve ser sempre geral, deve representar a vontade do povo como se ele mesmo as tivesse feito, e se o Estado soberano é incapaz de impor suas leis naqueles citados territórios, bem como também não entrega suas prestações positivas, garantindo direitos fundamentais mínimos, evidenciando uma ausência inexplicável e demonstrando uma incapacidade de gerir, parece que se tratam de territórios autônomos, isolados do poder estatal, e porque não dizer, Soberanos.

Há que se reconhecer que o contrato social sangra e caminha para uma morte dolorosa. O espaço deixado pelo Estado nessas comunidades fez nascer a necessidade daquele povo retornar ao estado natural, criando mecanismos e sistemas que atendam às suas necessidades básicas, controle na maior parte dos casos ocupado pelo crime organizado e/ou pelo tráfico de drogas, que exerce a função de Estado regulador e o único à quem aqueles cidadãos se submetem, pois é o único que se faz presente.

Nestes locais o contrato social já foi rescindido, ainda que o Estado Soberano, ou mais ou menos Soberano, não admita o fracasso, é incapaz de impor suas obrigações e prestar seus deveres. Aliás, foi exatamente a ausência de cumprimento de seus deveres para com o povo que levou este a promover meios de sobrevivência, retornando ao seu estado natural.

É inútil, nesta fase complicada que o pacto se vê, argumentar que a vontade geral deve se impor à vontade daquela pequena parcela da sociedade – vontade da minoria. Não há como argumentar contra o fato de que o Estado é, ali, absolutamente incapaz, obsoleto, derrotado. O próprio Estado descumpriu o contrato ao negar direitos básicos, cuja obrigação indeclinável lhe incumbia.

Aquela parcela do povo brasileiro não respeita mais o pacto e não o cumpre mais. Estão submetidos às suas próprias leis e recebendo prestações positivas de outro ente paralelo, este sim o seu Soberano.

Rousseau não nega a existência de tal fenômeno, e observa:

No entanto, quando se criam facções, associações parciais em detrimento da grande, a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação aos seus membros e particular em relação ao Estado; pode-se dizer então que o número de vontades não é mais o de homens, mas o de associações. As diferenças tornam-se menos numerosas e produzem um resultado menos geral. Enfim, quando uma dessas associações é tão grande que sobrepuja todas as outras, não temos mais como resultado uma soma de pequenas diferenças, mas uma diferença única; então, não há mais vontade geral, e a opinião que prevalece é uma opinião particular. (ROUSSEAU, 2010, p. 46).

Sem pretender refutar as afirmações do respeitável autor, mas apenas por um exercício de interpretação diversa, nota-se que no Estado como constituído, as vontades também não são exatamente reflexo da vontade dos homens, mas sim da vontade do ente Estado. Não é diferente dos microssistemas que se organizam paralelamente ao Estado, onde a vontade dos homens também é deixada de lado em prol da vontade da associação. Ambas as situações refletem sempre a expressão da vontade do Soberano, seja ele o Estado ou o microssistema paralelo.

Não se vê como verdade a afirmação de que a vontade do Estado é reflexo da vontade geral. Atualmente, o que parece acontecer é que a vontade do Estado é a vontade do Estado, e a vontade geral é atualmente ignorada pelo Estado.

Há duas dúvidas que muito incomodam, e são elas: 1- Será esse cenário reversível? 2- O Estado continuará cedendo espaço para a criação de novos microssistemas independentes como os já citados?

A proposta deste trabalho é apenas fomentar a discussão, sem nenhuma pretensão de responder tão complicadas perguntas que

demandariam uma análise muito mais profunda da questão, matéria talvez mais apropriada para uma dissertação ou tese.

CONCLUSÃO

O próprio Rousseau admite que não há poder que possa obrigar o ser que deseja a consentir algo contrário ao seu próprio bem.

O Estado é uma unidade indissolúvel e que iguala todos os cidadãos em direitos e obrigações, que independentemente das condições adversas enfrentadas, não estão isentos das imposições deste ente Soberano. A má gestão da máquina do Estado não pode ser escusa para descumprir o pacto social, mormente porque a vontade geral não exclui nenhuma parcela da sociedade da proteção do Estado, apesar das falhas no cumprimento e efetivação delas.

O objetivo maior do contrato social é a proteção dos contratados. E se para isso se fizer necessário a imposição de leis e o uso da força, que assim seja, pois além de proteger seus membros o Estado deve proteger a si próprio e sua Soberania, consubstanciada na sua autoridade, sob pena de permitir exceção perigosa.

Através da investigação da obra de Jean-Jacques Rousseau foi possível concluir que, apesar da falha ou ausência total do Estado com alguns grupos determinados de cidadãos, tendo citado como exemplo as favelas brasileiras, tal parcela de cidadãos não tem legitimidade de rescindir o Contrato Social e formar um organismo visando atender seus interesses, ainda que o Estado não garanta nem mesmo os direitos humanos e fundamentais mais básicos.

Foi possível concluir ainda, de forma reflexa, que a igualdade neste Estado de Direito não é absoluta, e nem está próxima de ser justa, pois mesmo diante de flagrante situação de desigualdade, a vontade geral se sobreporá ao desejo da minoria, seja ela excluída da proteção do Estado ou não, a força dessa suposta “vontade geral” é que reflete a verdadeira soberania, que foi apenas delegada ao ente Estado, mas que nunca saiu

das mãos do povo, manifestada pela vontade geral, representada mais especificamente pela maioria da população.

Ainda que existam fortes motivos a justificar o direito e a legitimidade desses pequenos organismos se criarem e rescindirem o Contrato Social, porque excluídos do atendimento estatal, não atendidos pela proteção que se espera desse ente superior, a vontade de pequenos grupos não reflete a vontade geral que garante a existência e força do Estado, que tem a precípua incumbência de, antes de tudo, proteger e preservar sua própria existência e soberania sobre o povo, porque esta seria a vontade geral, que jamais poderá ser derrubada por vontade de uma minoria, ainda que excluída injustamente pelos demais membros.

Mas ao se analisar a situação atual no país, especialmente as já citadas favelas, foi possível concluir também que tal rescisão do pacto social, apesar de ilegal ou ilegítima, já se perpetrou há muito, tendo tal população criado mecanismos e sistemas de autoproteção, independentes do Estado original, que atendem às suas necessidades mais básicas, cujo Estado deixou de atender.

Ainda que o Estado não admita que não exerce soberania sobre aqueles territórios, pois não há controle, não há imposição de suas leis, não há prestações básicas de direitos fundamentais àquele povo, resultado sua total incapacidade diante dos microssistemas criados pelo crime organizado ou pelos traficantes de drogas, onde há leis próprias sendo aplicadas, seus próprios juízes, seus próprios impostos e taxas, há que se reconhecer que o Contrato Social, para tal parcela da população brasileira, já foi rescindido há muito tempo ou é, no mínimo, ignorado por esse povo.

Em face desses pequenos territórios e microssistemas independentes o Estado mantém apenas um *status* virtual de soberania, mas nenhum exercício legítimo dela na prática é verificado, demonstrando, de forma indubitável, a ocorrência da rescisão do Contrato Social.

REFERÊNCIAS

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010.

BIBLIOGRAFIA

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MOUNIER, Emmanuel. *O Personalismo*. Trad. João Bénard da Costa. Santos: Martins Fontes, 1980.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010.

6

A CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF Á LUZ DA TEORIA DA DERROTABILIDADE NORMATIVA

*Ana Cristina Lemos Roque*¹

*Luciano Macri*²

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, consagrados como valor supremo, introduzem um freio a todo voluntarismo jurídico do Estado, quebrando as bases do positivismo jurídico e da subsunção lógica e representando, assim, uma resistência a qualquer arbitrariedade, sendo uma reafirmação de que a pessoa não é mero reflexo da ordenação jurídica e sim o fim desta.

A atividade interpretativa, desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário, assumiu uma importância ainda maior após o advento das

¹ Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Bolsista Capes/Prosup. Especialista na área de Concentração Direito Empresarial e Tributário pelo Centro Universitário Rio Preto – Unirp – Advogada e Professora na Comarca de São José do Rio Preto-SP. Endereço eletrônico:anacristina-lemos@bol.com.br

² Mestrando em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Especialista na área de Concentração Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Especialização em Direito Constitucional pela UNISEPE. Especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito – EDP. Advogado e Professor na Comarca de São José do Rio Preto-SP. Endereço eletrônico:lumacri@gmail.com

profundas mudanças operadas no constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial. Pode-se dizer que a importância que adquiriu a discricionariedade na aplicação do direito vem sendo ampliada gradativamente, tanto pela necessidade de identificação e delimitação do conteúdo normativo dos princípios, quanto pela ponderação na aplicação desses princípios, atividade que cabe ao intérprete construtor do direito.

Dessa atuação como intérprete que busca determinar o significado preciso das leis e dos princípios, há espaço para a discricionariedade, tendo em vista os conceitos abertos de linguagem, a vagueza e a ambiguidade presentes em nossa linguagem. Segundo a presente abordagem, a derrotabilidade normativa, através das exceções, é o instrumento adequado na aplicação do direito penal, uma vez que propicia a concretização dos direitos fundamentais na busca por um direito penal mais humano e mais justo.

É inegável a importância do tema abordado e da presente pesquisa na ceara do direito penal, tendo em vista que se trata de tema ainda pouco desenvolvido em nossos meios acadêmicos, mas cuja compreensão é cada vez mais essencial para a concretização de um direito penal mais humano que garanta o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana.

A TEORIA DA DERROTABILIDADE NORMATIVA

A idéia de derrotabilidade das normas jurídicas é apontada originariamente como proveniente do artigo de Herbert Hart publicado em 1948, sob o título *The Ascription of Responsibility and Rights* (VASCONCELOS, 2010, p. 54).

Para Hart, (1994, p. 153), derrotabilidade deriva da impossibilidade do estabelecimento de uma lista de condições necessárias e suficientes para a aplicação do Direito e diante dessa impossibilidade o aplicador do direito tem que aprender o que pode seguir as palavras “a menos que”, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições de aplicabilidade. Dessa forma, a derrotabilidade comporta exceções, acomoda a superabilidade de regras e princípios.

“De acordo com a teoria da derrotabilidade, pode ocorrer o afastamento, ou seja, a não aplicação de uma norma jurídica” (SANTOS, 2017, p. 38). As regras de textura aberta os conceitos indeterminados e a impossibilidade de se prever todas as situações no mundo fático é que tornam a aplicação da derrotabilidade possível. A derrotabilidade, apresentada por Hart, é caracterizada por meio de exceções, ou seja, é a capacidade da norma de acomodar exceções.

A idéia de derrotabilidade diz respeito às normas, tendo em vista que segundo Bustamante (2005, p. 171), todo sistema jurídico é composto de normas superáveis. Tanto regras quanto princípios formam um sistema único, integrante do ordenamento jurídico, sendo parte de um processo de simbiose constante. A argumentação jurídica empregada ao caso concreto irá analisar a aplicação a exceção ou o afastamento das regras e dos princípios a serem utilizado a depender do caso analisado, quando se trata de uma situação em que seja passível a utilização de mais de uma norma ao caso concreto.

Segundo Santos (2017, p. 44), “[...] podemos entender que a razão prática constituiria o fundamento da derrotabilidade, vinculando as normas, a fim de que estas tenham uma aplicação racional conforme seu conteúdo busca”.

E ainda (SANTOS, 2017, p. 52)

O direito encontra-se em constante transformação e adaptação às evoluções tecnológicas, sociais e culturais, de forma que uma determina regra ou lei pode não mais se adequar a novas realidades, exigindo uma aplicação mais coerente e voltada para a realidade de determinada sociedade, de forma a exigir que se aceitem exceções a ela, as quais não são passíveis de identificação quando da elaboração da lei, ou até podem decorrer de uma falha do legislador em sua feitura, quando acabou por atingir outros Direitos que deveriam ser preservados.

O caso do aborto do feto anencefálico é um exemplo de aplicação da derrotabilidade da norma por tratar-se de uma exceção implícita, posto que a previsão normativa inicial e geral foi derrotada tendo em vista a

falta de previsibilidade da situação específica em questão no ordenamento jurídico. A norma geral foi derrotada por princípios morais e éticos, senso de justiça ou considerações ligadas a políticas públicas. Este caso evidencia que a questão da possibilidade de superação das normas apresenta especial relevância no âmbito dos direitos fundamentais.

O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF n. 54-8/DF, discutiu a possibilidade de permissão de aborto dos fetos anencefálicos. Tal discussão foi uma das mais emblemáticas já debatidas no pleito do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista sua abrangência multidisciplinar, bem como a toda a questão ética envolvendo o caso. Segundo o Ministro Relator Marco Aurélio Mello, a questão relevante acerca do tema é a dimensão humana e a impossibilidade “de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto” (BRASIL, 2012, p. 21).

A respectiva controvérsia girou em torno da falta de potencialidade de vida extrauterina dos fetos anencefálicos, ou seja, não se discutia se os fetos anencefálicos teriam vida ou não. Desta feita, a autora, tendo em vista a má-formação congênita, pleiteava a antecipação terapêutica do parto e não o procedimento do aborto em si, posto que não seria este o caso, uma vez que o aborto pressupõe a potencialidade de vida extrauterina do feto, e assim não se subsumindo o caso em julgamento ao tipo penal previsto no Art. 124 do Código Penal, e não sendo, dessa forma, o caso de criminalização da conduta da gestante.

A questão fundamental postulada e alicerce de toda a tese argumentativa defendida pela autora consistiam na garantia dos direitos fundamentais da gestante, direitos estes que não seriam suplantados por quaisquer outros, tendo em vista que não haveria viabilidade de vida do nascituro, não havendo, portanto, nesse caso, subsunção fática aos dispositivos do Código Penal.

Toda a argumentação jurídica da autora da referida ação girou em torno da ponderação dos bens: a suposta potencialidade de vida do

nascituro, de um lado; e do outro, a liberdade e a autonomia da gestante. No caso, a autora arguiu a seu favor exatamente a falta de potencialidade de vida extrauterina do feto anencefálico e, ainda, equiparava a gravidez como equivalente à experiência da tortura.

O Ministro Marco Aurélio Mello, relator do processo, entendeu que no caso em questão não havia colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente, e em sede de pedido cautelar, concedeu a medida liminar, reconhecendo o direito constitucional da gestante de se submeter à cirurgia terapêutica de antecipação do parto de feto anencéfalo, após a devida apresentação do laudo médico constatando a presença da referida anomalia. O voto do Ministro Marco Aurélio seguiu sua decisão já prolatada em sede de liminar, declarando a permissão do aborto por interpretação conforme a Constituição.

Segundo Marco Aurélio Melo, “a incolumidade física do feto anencefálico, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher” (BRASIL, 2012, p. 69). A ponderação é o instrumento utilizado na valorização dos bens jurídicos tutelados.

Diversas exceções foram utilizadas para reforçar a tese apresentada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, relator do processo, comprovando que o direito não consegue prever todas as hipóteses da vida cotidiana, devendo, dessa forma, comportar exceções que irão derrotar as normas e princípios então vigentes. O Ministro salienta a importância do argumento utilizado pela arguente, onde não se pretende a inconstitucionalidade dos tipos penais, “busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme a Constituição” (BRASIL, 2012, p. 33). Os direitos de liberdade, vida, proteção da autonomia, privacidade, saúde e principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, foram os princípios em conflito na presente questão.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio Mello ressalta o caráter não absoluto do direito à vida e a inexistência de hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, enfatizando que a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações conforme entendimento do próprio

Supremo. O Ministro ressalta em seu voto que o “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencefálico, repito, não existe vida possível” (BRASIL, 2012, p. 54).

Importante aqui a opinião do Ministro Marco Aurélio a respeito das teses favoráveis à manutenção da gestação, “em resposta a essas objeções, vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez” (BRASIL, 2012, p. 66).

Para o Ministro, a obrigação da manutenção da gravidez se assemelha a um quadro de tortura, “o ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade” (BRASIL, 2012, p. 68). E termina enfatizando a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, na decisão do caso concreto.

Destaca-se que dentre as diversas opiniões colacionadas durante a instrução do presente acórdão, encontra-se a Resolução n. 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina, que consignou serem os anencefálicos natimortos cerebrais. Segundo os estudos realizados, o anencefálico jamais se tornará uma pessoa, não há qualquer expectativa de vida em potencial, mas sim a certeza da morte.

O voto prolatado pelos Ministros que seguiram o voto do relator, pela procedência da ADPF, foram no sentido de que o feto anencefálico não é ser dotado de vida e que, segundo esse entendimento, não seria o caso de subsunção ao tipo descrito no Art. 124 do Código Penal, tendo em vista que não havendo vida, a antecipação terapêutica do parto seria conduta permitida. O “aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencefálico, repito, não existe vida possível” (BRASIL, 2012, p. 54).

Segundo o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, seria o caso de terceira hipótese de excludente de ilicitude, tendo em vista o reconhecimento da existência de vida. Seu voto, no entanto, foi pela procedência da ação. Para o referido Ministro, não se tratava de subsunção

às excludentes do Art. 128 do Código Penal. Para ele, o juiz pode adaptar a lei à realidade social, pois a lei não deve ser inflexível e ela pode ser moldada, haja vista a relevância do caso concreto.

Em seu voto, Gilmar Mendes se refere à imposição da gestação como condição análoga à tortura psíquica e violação à livre escolha da mulher gestante, tendo em vista a falta de previsão legislativa adequada ao fato. Assim, em seu voto, julgou procedente a ADPF, dando uma interpretação conforme a Constituição com efeitos aditivos, alterando o sistema normativo originário para permitir uma terceira excludente de ilicitude.

O Ministro Luiz Fux votou, seguindo o voto do Relator, pela procedência da ADPF, conferindo interpretação conforme a Constituição aos dispositivos penais. Em suas razões, o Ministro abordou a questão do Direito Penal Mínimo, salientando o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal como sendo esse *àultima ratio*.

Os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski votaram pela improcedência da demanda, tendo em vista o reconhecimento da vida do feto anencefálico. Os votos foram no sentido de que haveria o crime de aborto.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em suas argumentações, alegou que caberia apenas ao legislador excluir a punibilidade e que seria impossível a aplicação analógica de interpretação extensiva de normas excludentes de punibilidade. Para o Ministro, trata-se de ativismo judicial, caso em que o Judiciário estaria entrando na esfera de atribuições do legislativo e alterando o ordenamento jurídico.

Segundo o Ministro Cezar Peluso, o feto anencefálico teria vida e, nesse caso, a antecipação terapêutica seria conduta típica que se subsumi ao tipo penal incriminador dos Arts. 124 e 126 do Código Penal. Não estando configuradas as hipóteses de excludentes, resta a vedada hipótese de aborto. Em seu voto, o Ministro reconhece o conflito de princípios, todavia, entende que a vida do feto é o interesse a ser tutelado.

O Ministro Cezar Peluso, em suas considerações, trouxe a questão do erro médico, citando o caso Marcela, cujo diagnóstico inicial foi de

anencefalia. Pautou seu voto nos dados divergentes das audiências públicas e ressaltou, ainda, o risco de se abrirem precedentes caso a ADPF n. 54-8/DF viesse a ser julgada procedente, citando outras anomalias de igual gravidade. Segundo o entendimento do Ministro Cezar Peluso, “daí, mui diversamente do que se aduz na inicial, o aborto provocado de feto anencefálico é conduta vedada, e vedada de modo frontal, pela ordem jurídica” (BRASIL, 2012, p. 375).

Para o Ministro, a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico é conduta tipificada pelo crime de aborto, subsumindo-se a conduta à norma penal, não sendo o caso de interpretação. Segundo o Ministro, não pode o STF atuar como legislador positivo, criando “hipótese de exclusão de punibilidade do aborto, ou de lhe desnaturar a tipicidade, quando carece de legitimidade e competência constitucionais para tanto” (BRASIL, 2012, p. 412), por isso, julgou pela improcedência do pedido.

A Ministra Rosa Maria Weber, seguindo o voto do relator, julgou procedente a ADPF n. 54-8/DF, partindo da questão semântica sobre o conceito de vida sob a perspectiva do Direito. Segundo a Ministra, no Código Penal, existem gradações na importância da vida em diferentes tipos penais. Em seu voto, salientou que só ocorrerá crime de aborto se houver vida, concluindo, ainda, que a Lei n. 9.434/2007, ao regulamentar a doação de órgãos, definiu em seu Art. 3 mortes como morte encefálica, entendendo ser vida a atividade cerebral não restrita apenas à vida orgânica, mas à consciência e à capacidade de se socializar.

O voto prolatado pela Ministra se afina de forma precípua com tudo o que foi exposto nos capítulos anteriores deste trabalho. Segundo Rosa Weber, o pedido deve ser interpretado conforme a Constituição. A vontade da gestante deve prevalecer, a escolha pessoal da gestante pela manutenção ou a interrupção da gravidez do feto anencefálico deve ser respeitada, seja ela qual for.

Em seu voto, a Ministra trata acerca da ponderação de valores entre a vida do feto anencefálico e a dignidade, a integridade, a liberdade a saúde da gestante e os direitos reprodutivos da mulher. Segundo a Ministra, não existem valores absolutos, sendo os valores relativos. Para uma convivência

pacífica e harmônica em sociedade, “todos devem respeitar as percepções valorativas de mundo dos demais” (BRASIL, 2012, p. 124).

A Ministra reitera a função do direito penal como *últimaracio*, enfatizando que a intervenção do direito penal nas relações sociais deve ser mínima, haja vista “não só por se mostrar pouco eficaz como regulador de condutas, mas por gerar, esta ineficiência, custos sociais e econômicos” (BRASIL, 2012, p. 134).

Os princípios norteadores de um direito penal mínimo são o suporte para a decisão da Ministra, que utiliza a teoria da proporcionalidade, na aferição de valores dos bens jurídicos em julgamento. Por fim, a Ministra conclui em seu voto que qualquer interpretação em sentido contrário seria violação à liberdade de escolha da mulher e à sua dignidade.

O Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2012, p. 327) ressaltou a importância da dignidade da pessoa humana. Segundo ele, “a essencialidade que assume, *em nosso sistema jurídico*, como fator estruturante do ordenamento estatal”, tendo amparado seu voto no direito comparado e na jurisprudência internacional, colacionando normas de Direito Internacional como fundamento jurídico.

Segundo o Ministro Celso de Mello (2012), a técnica da ponderação e a proporcionalidade são instrumentos eficazes no balizamento de direitos antagônicos, em que se encontram presentes valores constitucionais de igual eficácia e autoridade. Em sua linha de argumentação, o Ministro afirma que o direito penal deve acompanhar as inovações fundadas nas transformações pelas quais passa a sociedade, existindo uma necessidade de adequação do ordenamento jurídico a essa nova realidade social.

Ressalta-se, ainda, o papel fundamental do Supremo Tribunal Federal na concretização dos direitos e liberdade pública. O voto do Ministro Celso de Mello é procedente com interpretação conforme a Constituição, aos art. 124, 126, “caput”, e 128, incisos I e II, todos Código Penal, “para que seja declarada a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, de qualquer interpretação que obstea realização voluntária de antecipação terapêutica de parto do feto anencefálico” (BRASIL, 2012, p. 366).

No tocante ao voto do Ministro Carlos Ayres Britto, ele votou pela procedência da ADPF n. 54-8/DF, delineando seu voto com o do Ministro Relator, abordando a carência de vida do feto anencefálico e inserindo a antecipação terapêutica do parto como conduta atípica. Em seu voto, o Ministro Carlos Ayres Brito trata da polissemia dos dispositivos penais, enfatizando existirem três significados “passíveis de extração dos signos linguísticos” (BRASIL, 2012, p. 256).

Aduz em suas razões a tipicidade do caso, sendo a antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico caracterizada como crime de aborto, no entanto, segundo o entendimento do Ministro, não configura prática penalmente cabível. O cerne da questão que entrelaça o voto é o início da vida, “ou seja, não há uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova” (BRASIL, 2012, p. 259).

E prossegue em seu voto, equiparando as exceções contidas na figura típica do crime de aborto, com as razões explicitadas na antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico; a manutenção da gravidez, o que nesses casos, corresponderia à mesma tortura psicológica da manutenção da gravidez resultante de estupro, “donde o mais que justificado emprego do brocardo latino *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*, a se traduzir na fórmula de que, onde exista a mesma razão decisiva prevalece a mesma regra de direito” (BRASIL, 2012, p. 263).

Em suas alegações finais o Ministro Carlos Ayres Britto, segue o voto do Relator, interpretando conforme a Constituição e declarando a atipicidade.

A Ministra Carmen Lúcia sustentou seu voto no direito à vida, à liberdade e à responsabilidade da mulher. O princípio da dignidade será a pauta de todas as alegações apresentadas no transcorrer do voto.

Segundo a Ministra “a resolução do presente conflito entre o direito fundamental à vida digna e o direito social à saúde e à autonomia da vontade requerem o exame de princípios a serem relevados no caso posto a exame. Em uma interpretação eminentemente construtivista prossegue, “ao julgador a tarefa de fazer a ponderação de bens jurídicos tutelados pelo sistema, todos de inegável relevo para a vida de cada pessoa e da

sociedade. Exercitam-se, aqui, o que a doutrina denomina de ponderação de princípios na teoria da proporcionalidade” (BRASIL, 2012, p. 181).

Assim, na construção do voto, a Ministra ressalta o caráter evolutivo do conceito de justiça, que deve acompanhar as revoluções pelas quais passa a sociedade, sendo “o Código Penal, como qualquer lei, há de se ajustar às mudanças e exigências de uma sociedade em constante evolução e mutação” (BRASIL, 2012, p. 217).

E finaliza o voto julgando procedente a ADPF n. 54-8/DF e declarando que “quem não é livre para conhecer e viver o seu limite não o é para qualquer outra experiência. Quem não domina o seu corpo não é senhor de qualquer direito. Pelo que a escolha é direito da pessoa não atribuição do Estado (BRASIL, 2012, p. 236).

Ao longo do julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, diversas teses foram apresentadas, emergindo pontos controversos e posições éticas e religiosas antagônicas, tudo com respaldo em dados e registros científicos, constatando-se profundas divergências, inclusive, por parte da comunidade médica, posto que alguns sustentavam que haveria riscos potencializados à gestante e outros eram favoráveis ao prolongamento da gravidez, sustentando que os riscos não seriam agravados pela condição do feto.

Todo o cerne do julgamento foi pautado pela dúvida da existência ou não de vida do feto, e se uma gravidez, onde existe a certeza da morte do nascituro, devendo ser levada até o final, implicando dessa forma grave violação à dignidade da mulher e ao seu direito de liberdade de escolha. Ao optar pela dignidade da mãe, o Ministro Marco Aurélio justifica sua decisão, tendo por pauta a lei e a busca da paz.

O julgamento da ADPF- 54 se encontra pautado por princípios. A instrumentalização da pessoa inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana foi o escopo de todo o julgamento, tendo sido utilizado tanto por aqueles que votaram a favor do aborto, quanto por aqueles que votaram contra. “A colisão entre liberdade de uma pessoa e direitos de outras pessoas se resolve, via de regra, por uma ponderação de interesses

que deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade” (SARMENTO, 2016, p. 166).

Desse modo, ao votarem pela procedência da ADPF, os Ministros buscaram uma harmonização entre os direitos fundamentais, em que o direito penal “pode ser visto como uma dessas soluções, ao atuar no controle social em busca de uma possível paz para a sociedade” (SANTOS, 2014, p. 98).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica é o valor a ser buscado ocorre, no entanto, que o constitucionalismo alterou de forma profunda o *civil law* aproximando-o do *common law*, tendo em vista que o juiz, antes adstrito à estrita aplicação da lei, passou a interpretá-la e a exercer uma função criativa, dando efetividade aos princípios contidos no ordenamento jurídico.

Para o jurista do *common law*, a idéia de derrotabilidade é aceita de maneira racional e natural tendo em vista a tradição dos precedentes e a forma como são utilizados ou até mesmo afastados. A argumentação jurídica passa pelas circunstâncias fáticas do caso concreto para o qual uma norma jurídica será utilizada ou até derrotada, se e quando toda a carga argumentativa utilizada for no sentido de indicar o afastamento do precedente para determinada situação específica em julgamento, motivando nova decisão.

O julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.54-8/DF é um dos inúmeros exemplos da aplicação da derrotabilidade no direito penal, como instrumento e ferramenta essencial ao operador do direito no suprimento de uma omissão legislativa, diante da qual ao juiz o controle dessa insuficiência da norma.

Diante da situação em que a lei é omissa ou inadequada para situação concreta, o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana é o limite para o direito penal. A dignidade humana é o alicerce de onde emana os demais princípios penais e sob essa perspectiva, o direito penal

deve buscar, através da derrotabilidade normativa, um equilíbrio e uma proporcionalidade na aplicação da lei.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*** n.54-8/DF. Min. Relator Marco Aurélio Mello. Julgada em 12.04.2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=370733>. Acesso em: 29 jan. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2016.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A Derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito Penal, Derrotabilidade e Princípio da Insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 429-441.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação (Mestrado em direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008.
- GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2016.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcelos. Revisão de tradução de Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Direito Penal, Derrotabilidade e Princípio da Insignificância. In: SERBENA, Cesar Antonio. *Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 429-441.
- SARMENTO, Daniel; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferenças e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ELEMENTOS, NATUREZA JURÍDICA E O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

*Araí de Mendonça Brazão*¹

*Marco Aurélio de Castro*²

1. INTRODUÇÃO

A ação de improbidade administrativa é, hoje, um dos mecanismos mais utilizados para o combate à corrupção e má verção do dinheiro público, sendo que sua previsão expressa no artigo 37, § 4º da CF, a improbidade ganhou regulamentação através da Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, que em muitos aspectos, não se mostrou muito clara.

Um dos pontos que não dispôs a norma é sobre sua natureza jurídica, tarefa essa que ficou a cargo da doutrina e jurisprudência.

O estudo parte definição do ato de improbidade administrativa, fazendo uma abordagem sobre os requisitos que integram o seu conceito,

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Advogado. Integrante do grupo de pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP). E-mail: araimb@hotmail.com

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Graduado em Direito pela Universidade de Marília e especialista em Direito Público pela Universidade de Cuiabá. E-mail: gaecomt.marco@gmail.com.

consoante posição de grande parte da doutrina. Também será objeto de análise, ainda que sem aprofundamento, a natureza sancionadora do ato de improbidade, o que atrai para ações dessa natureza, princípio e garantias típicas do processo penal. Em seguida, a pesquisa fará uma incursão sobre o instituto premial da colaboração premiada, registrando de forma inaugural que o direito penal premial é instrumento utilizado pelo Estado (papel punitivo) visando atingir maior eficácia investigativa, em especial, naqueles tipos de condutas penalmente relevantes, onde a utilização das regras ordinárias de investigação não alcança (por regra) o interesse do restabelecimento probatório da situação anterior ao delito praticado. A colaboração premiada (termo somente utilizado com a edição da Lei 12.850/13) (espécie do gênero direito premial), tem se mostrado extremamente eficaz no levantamento de fatos que antes se vislumbrava apenas no imaginário dos personagens atuantes no combate a criminalidade organizada. O instituto (já com quase 05 anos de vigência) após atingir (talvez) o seu ápice (inúmeras operações de combate a organizações criminosas onde o pano de fundo era a organização criminosa), inicia a fase de ser questionado judicialmente, em especial acerca da forma como vem sendo interpretado e modulado pelos aplicadores do direito (em especial em instâncias inaugurais) diante dos casos concretos.

O debate que será também proposto neste trabalho, é o de analisar o instrumento da colaboração premiada, indicando seu nascedouro no direito penal, buscando porém, indicar e vincular a sua possibilidade de aplicação em ambientes diversos do direito penal. Reforçamos a idéia da existência de um microssistema de prevenção e combate a corrupção, delineando que este sistema, deve buscar sempre uma harmonia de seus institutos de acordo com seus objetivos. Assim, a legislação anterior (inserida neste microssistema) àquela onde o instituto da colaboração premiada realmente foi especificada quanto ao seu conteúdo e forma (Lei 12.850/13), deve buscar adequação através do método interpretativo desenvolvido por Bobbio (1995) chamado de interpretação corretiva, para adequar-se e tornar-se compatível dentro de um sistema único de tutela anticorrupção. Referida legislação que inicialmente se mostra heterogênea, mas que analisada sob a ótica de princípios constitucionais aplicáveis à espécie, se

mostra possível de se tornar homogênea dentro do sistema legal que tutela entre outros o Patrimônio Público.

O que se propõe no estudo desenvolvido é uma nova visão sobre a vedação constante no artigo 17, § 1º, da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, à luz de uma concepção mais contemporânea do processo punitivo e a justiça negociada, inegavelmente introduzida no nosso ordenamento, de modo a tornar a prestação jurisdicional mais eficaz, e reparação dos danos sofridos pelo ordenamento jurídico, mais efetivo. Percorreremos também, o caminho de interpretação da Lei 8.429/92 sob o enfoque da forma de responsabilidade do agente improbo no que se refere a utilização ou não de preceitos oriundos do direito penal para a efetiva responsabilização, a forma de investigação dos atos de improbidade administrativa, e também o aspecto do caráter disponível ou não da ação de improbidade, sendo que tal pressuposto primário de enfrentamento abrirá ou não o caminho necessário para a confirmação da possibilidade de extensão do instituto da colaboração premiada neste ambiente diverso do penal.

No mais, a pesquisa não tem a pretensão de esgotar tormentosos temas, mas apenas trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a atribuição de posições ancoradas no raciocínio jurídico atual.

A metodologia utilizada foi de caráter hipotético-dedutivo, utilizando a pesquisa bibliográfica e da posição dos Tribunais acerca do assunto como fonte de observação.

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Hodiernamente a defesa da probidade, em especial na seara pública, vem ganhando proteção dos ordenamentos. No Brasil, a Constituição Federal, trouxe a previsão expressa de proteção dos princípios da administração pública, bem como, no seu artigo 37, parágrafo 4º, o sancionamento pela prática dos atos de improbidade administrativa na esfera pública. A Carta Política pretendeu punir severamente o agente público que utiliza do cargo ou funções públicas para enriquecer, causar prejuízo ao erário público, ou mesmo que viola os princípios da

administração pública, com desonestidade funcional. O bem jurídico tutelado pela norma constitucional é a probidade administrativa e o patrimônio material da Administração Pública, em segundo plano.

Como ato de improbidade administrativa, no sentido etimológico, podemos entender aqueles atrelados à corrupção e desonestidade na seara pública. Regulamentando a Constituição, foi editada a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que trouxe a tipificação dos atos ímprobos em seus artigos 9º, 10 e 11. Boa parte da doutrina e jurisprudência entende que o ato ímprobo deve ser aquele correspondente aos tipos legais, praticados com dolo ou culpa (esta somente no caso do artigo 10), com o *plus* da desonestidade ou má-fé.

Como bem observa Alexandre de Moraes (2002, p. 261):

[...] a finalidade da lei é responsabilizar e punir o administrador desonesto. Vale dizer, a Lei de Improbidade Administrativa não pune a mera ilegalidade, mas apenas as ações ou omissões voltadas à corrupção. É importante salientar que o ato de improbidade deve ser ilícito, ou seja, o enriquecimento do agente público ou benefício a terceiro deve decorrer de um ato ou decisão ofensiva ao Direito; caso contrário, teremos um enriquecimento lícito.

Há, portanto, que se fazer uma distinção clara entre a ilegalidade ou irregularidade e a improbidade administrativa, que a jurisprudência definiu como ilegalidade qualificada, lembrando que o autor deixa em evidência (através de técnica interpretativa) que a má-fé ou desonestidade são os elementos que qualificam o ato ilegal como ímprobo.

Sob a ótica dos princípios previstos na Constituição Federal, direcionados à Administração Pública, em conjugação com a demarcação e extensão feitas pela Lei n. 8.429/92, tem-se como ato de improbidade administrativa aquele tido como ilegal, fundado na má-fé do agente público que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público.

Não basta, para caracterização dos tipos previstos nos artigos 9, 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa, tão somente que o agente tenha incorrido nas hipóteses previstas em seus incisos, ou ainda que o ato seja considerado ilegal *lato sensu*. O ato ilegal necessita ser acrescido da má-fé para adquirir o *status* de ímprobo.

Neste sentido, cita-se o julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (2005) que bem representa a posição dos demais Tribunais, inclusive os Superiores:

A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor, ou quando há proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba.

A tutela da probidade administrativa, para sua aplicação, necessita muito mais do que a mera causalidade civil entre causa e efeito, sendo imprescindível também, a comprovação de elementos valorativos para que desta forma e atuando com individualidade na análise da conduta de um cidadão, possamos ultrapassar princípios constitucionais derivados da dignidade da pessoa humana para impor uma pena (prevista na legislação cível, mas pena sim).

Deve ser entendido que o constituinte, determinou a punição do ato de improbidade ou ato de corrupção na seara pública, não autorizando o legislador ordinário ou a doutrina a entender de maneira diversa, por isso, não é crível aceitar a extensão do desiderato buscado pelo artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, colocar a referência na lista de referências às meras irregularidades.

Não se pode confundir a improbidade administrativa com erros cometidos no exercício da função estatal. A Lei de Improbidade Administrativa, em uma visão constitucional, foi delineada para corrigir os graves desvios éticos por parte dos agentes públicos.

Em outro viés, Osório (2007) diz que os atos de improbidade administrativa, além de associados à desonestidade no setor público, também são imputáveis às graves ineficiências na gestão pública.

Ainda se referindo ao conceito de improbidade, também se faz necessário destacar, que as modalidades previstas na lei exigem a presença do dolo, como elemento volitivo à prática das condutas descritas nos tipos.

O dolo é definido pela doutrina como a ação voluntária e consciente em causar determinado resultado, podendo ainda ser classificado como direto ou eventual. Na primeira modalidade o agente admite o resultado danoso, enquanto na segunda, muito embora haja a previsão do resultado, assume o risco de produzi-lo, caso realmente se consuma.

O dolo, portanto, é imprescindível à configuração do ato de improbidade administrativa. Mesmo porque, seria inverossímil se imaginar a existência da má-fé no ato, sem que se tenha a intenção de praticá-lo.

É impossível se pensar em um agente público desonesto ou corrupto por culpa, uma vez que o conceito de culpa está associado ao não querer, proveniente de um descuido.

Outro argumento a demonstrar a impossibilidade de acatamento da figura culposa, se relaciona com o princípio da proporcionalidade. Isso porque a improbidade administrativa tem previsão de severas sanções, como a suspensão dos direitos políticos e perda do cargo público, que estão ligadas a direitos fundamentais. Nesse caminho, viola o princípio da proporcionalidade a aplicação de sanções tão severas, por condutas ligadas à negligência, imprudência ou imperícia do agente, onde não há intenção na prática do ato. Contudo, tem-se observado em decisões proferidas, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, a admissão da figura culposa, somente no tipo previsto no artigo 10, ou seja, no ato de improbidade que cause dano ao erário.

A corrente que defende a possibilidade da culpa, na figura descrita no artigo 10, da LIA, utiliza como fundamento a literalidade do dispositivo.

Vê-se em diversos julgados daquela Corte Superior, no entanto, a exigência de demonstração da culpa grave, no sentido de exigir uma

intensidade na conduta que vai além do mero descuido. O aresto abaixo bem representa esse entendimento (BRASIL, 2014):

A improbidade administrativa é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.

2.1. NATUREZA DA AÇÃO

Outro aspecto de relevância para o tema em discussão, é no sentido de se definir a natureza da ação de improbidade administrativa. Muito se discute na doutrina acerca desse assunto, sendo certo que duas correntes se sobressaíram. A primeira defende que a ação de improbidade administrativa, espécie autônoma de ação que tutela direitos transindividuais, de caráter eminentemente punitivo, possui natureza civil.

Para esta, a redação do artigo 37, § 4º da Constituição Federal de 1988 é suficientemente clara quando emite o comando para legislador ordinário para regulamentação da improbidade, fazendo a ressalva “sem prejuízo da ação penal cabível”.

A expressão evidenciaria que a ação de improbidade não possui natureza penal, mas civil. Tal corrente é considerada como majoritária na doutrina, ganhando respaldo na jurisprudência dos tribunais. Entretanto, outra corrente vem ganhando destaque no meio jurídico, com a defesa de que a ação de improbidade possui natureza administrativa.

Tal corrente é encabeçada pelo já lembrado jurista Osório (2007, p. 165) que assim define sua posição:

Sustentamos originalmente a teoria conforme a qual a Lei 8.429/92 tipifica os atos de improbidade através de princípios e regras de Direito Administrativo, já desde a Carta Constitucional (art. 37, par. 4º). A partir dessa perspectiva, o ilícito de improbidade é definido pelo Direito Administrativo e as respectivas sanções também o são. Daí porque sustentamos que as sanções previstas na Lei 8.429/92 são sanções de Direito Administrativo e, portanto,

de Direito Administrativo Sancionador é que se trata esse instrumental, conquanto manejado pelo Poder Judiciário, através de um incomum processo punitivo.

Para esta, a natureza administrativa do ato de improbidade não impediria a aplicação diretamente pelo Poder Judiciário, eis que essa vertente do direito administrativo não se mistura com o poder disciplinar. Forma-se, então, um processo legal punitivo de cunho administrativo.

Em alguns julgados, o Superior Tribunal de Justiça manifestou inclinação por esta linha, sendo oportuno citar como paradigma Recurso Especial n. 885836/MG. Nota-se ainda, que o mesmo tribunal vem reconhecendo, reiteradamente, a natureza quase penal da ação de improbidade administrativa.

Independente da corrente adotada, certo é que a improbidade administrativa integra o sistema punitivo estatal, com aplicação de sanções que atingem direitos fundamentais. São sanções de natureza grave, o que torna inevitável, portanto, o resguardo de princípios e garantias do direito punitivo, como a presunção de inocência, devido processo legal, individualização da pena etc.

Se de um lado temos o direito fundamental à boa governança pública, que é violada com a improbidade, de outro temos os direitos fundamentais dos acusados do ato, que ensejam o respeito a garantias típicas do processo penal.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E MEIOS DE INVESTIGAÇÃO

Os atos que configuram improbidade administrativa estão elencados nos arts. 9º, 10º e 11º da Lei 8.429/92, sendo que naturalmente para a deflagração de uma demanda judicial que vise responsabilizar o autor de um ato improprio, imprescindível a apuração anterior que indique a existência mínima de indícios de autoria e materialidade e demais elementos exigíveis para a provocação do Poder Judiciário.

O cumprimento destes elementos mínimos exigíveis para o andamento judicial de uma ação cível com estrutura na legislação pertinente, pode se dar por inúmeros instrumentos de apuração preliminar. Podemos citar como exemplo, os procedimentos administrativos (sindicâncias e processos), comissões parlamentares de inquérito, tomadas de contas, inquérito civil público etc. Por opção ao tema, e levando-se em conta a idéia de trabalhar o instituto da colaboração premiada em ambiente diverso do penal, será aqui tratada a espécie de investigação elencada como Inquérito Civil.

É neste ambiente, que os atos que ensejam, em tese, condutas puníveis pela Lei 8.429/92 são investigados e havendo elementos mínimos, serão alvos de demandas judiciais com sérias repercussões àqueles cidadãos tidos como improbos, sendo certo que em havendo empréstimo de informações obtidas através de um negócio jurídico de colaboração premiada entabulado no âmbito penal, é neste instrumento (quando entabulado no ambiente ainda investigativo) que ele será trazido ao ambiente cível e iniciada a discussão do seu cabimento ou não fora da seara penal.

Também será neste contexto que, em havendo a aceitação da deflagração da realização do negócio jurídico denominado colaboração premiada em ambiente cível, que será entabulado os termos de um acordo. Na mesma linha do Inquérito Policial ou do Procedimento Investigatório Criminal, tal instrumento de levantamento de dados, provas e informações, segue um rito próprio e muitas das vezes (quando há uma estrutura mínima de inteligência investigativa pelo órgão acusador - MP) pelo mesmo fato ilícito (quando há repercussão de matéria penal e de matéria prevista na lei 8.429/92) é instaurado como procedimento em paralelo aos autos de investigação de natureza penal. Deste não é dependente, mas certamente, sua produção, em estrutura de divisão de tarefas com o ambiente penal (com possibilidade do uso de estratégias investigativas e compartilhamento de provas futuras) tem trazido experiências promissoras ao ambiente de conhecimento.

O objetivo de uma colaboração, não pode deixar de ser compreendido também como um fomento a traição dentro do grupo criminoso estruturado, lembrando que eventual compartilhamento de conhecimento obtido através de uma colaboração premiada realizada em ambiente penal e não aceito na esfera cível, não deve ser admitido, uma vez

que o colaborador só agiu assim pela troca ofertada, ou seja, nestes casos, o Estado não pode agir com torpeza e romper o princípio da confiança, alicerce do negócio jurídico nominado colaboração premiada (SALGADO, 2016, p. 530-531).

3.1 A INTERPRETAÇÃO CORRETIVA COMO ARGUMENTO DE EXTENSÃO DO INSTRUMENTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA A TEMAS EXTRA-PENAIIS

É fato, que analisando as leis 8.429/92 e 12.850/13, estando ambas dentro de um microsistema de combate a atos de corrupção, necessário verificar que, em tese, há certa antinomia entre as disposições que permitem a entabulação de um acordo com o agente delituoso, tendo o Estado de abrir mão de certas consequências aplicáveis àquele que transgride o ordenamento jurídico penal e o pressuposto de indisponibilidade da ação civil que visa tutelar o patrimônio público. Assim, forçoso o reconhecimento de uma, em tese, contrariedade substancial dentro do mesmo sistema legal que tem como tutela os mesmos valores.

A antinomia está evidenciada, porém a grande questão que se coloca é como resolvê-la. Acerca deste tema, Bobbio (1995, p. 91-103) nos ponderou que:

Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas). Mas qual das duas normas deve ser eliminada? Aqui está o problema mais grave das antinomias. O que dissemos no item 3 refere-se às regras para estabelecer quando nos encontramos frente a uma antinomia. Mas, uma coisa é descobrir a antinomia, outra, resolvê-la...[...]... As regras fundamentais para a solução das antinomias são três: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade.

Existem determinadas situações legais dentro de um sistema jurídico, onde a solução de eventual antinomia não encontra solução por referidos critérios objetivos, sendo que nestes casos a solução também é ditada com rigor por referido doutrinador:

Devemos, porém, reconhecer que essas regras deduzidas da forma da norma não tem a mesma legitimidade daquelas deduzidas dos três critérios examinados no parágrafo precedente. Isso significa, em outras palavras, que, no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra. Digamos então de uma maneira mais geral que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem a sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas.....[...]....A terceira solução - conservar as duas normas incompatíveis - é talvez aquela à qual o intérprete recorre mais freqüentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas preferentemente, à *eliminação da incompatibilidade*. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada *corretiva*. Geralmente, a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação.

Assim, procedendo uma leitura de compreensão de eventual antinomia especificamente entre o disposto no art. 17, §1º da Lei 8429/92 (obrigatoriedade da ação civil no caso de atos de improbidade administrativa) e demais pressupostos legais estruturados dentro de um mesmo microsistema de combate a corrupção, forçoso reconhecer que esta obrigatoriedade passou a ser mitigada, sendo que no interesse público na busca da verdade real e na respectiva apuração do dano praticado com a possibilidade de maior recuperação patrimonial do erário, tal regra pode sucumbir por um acordo de colaboração premiada, a depender inclusive do grau de efetividade das informações trazidas pelo colaborador.

Também, não há como fugir da compreensão que a proibição de se aplicar o instituto premial em ambiente cível (quando o fato criminoso praticado também tiver repercussão no ambiente da improbidade administrativa) encontra resistência no princípio da proporcionalidade, uma vez que sujeitos que atuam dentro de um procedimento ou processo com uma conduta colaborativa, devem ser tratados pelo Estado de forma diferente àquele agente delituoso que mesmo praticando ato lesivo contra o erário, ainda deixa de atuar no sentido de fomentar o Estado lesado, na obtenção de conhecimento fático. Nestes casos de colaboração premiada, o Estado (aí falando como um todo) deve atuar sob o manto também do princípio da eficiência, visando a obtenção de todos os dados possíveis no sentido de reparação do mal sofrido.

4. CONCLUSÃO

A ação de improbidade administrativa, prevista originalmente no texto constitucional, foi regulamentada pela Lei n. 8.429/92, que trouxe a tipificação dos atos ímprobos em seus artigos 9, 10 e 11. Arelados ao tipo legal, para configuração do ato de improbidade necessário se faz a presença do dolo, ou culpa (no tipo do artigo 10), atrelados essencialmente ao elemento da má-fé ou desonestidade.

Com essa ideia de improbidade, e previsão de sanções graves, que afetam diretamente direitos fundamentais, como a capacidade eleitoral

ativa e passiva, pode-se dizer que a improbidade administrativa integra o sistema punitivo do direito brasileiro. Portanto, na interpretação desta lei, não pode haver a ampliação dos conceitos ou seu alcance.

Duas são as correntes de maior relevo na atualidade sobre a natureza da ação de improbidade, se de natureza civil ou administrativa, sendo que nesta última vertente ela integraria o direito administrativo sancionador.

À guisa dessa discussão, entretantes, é forçoso o reconhecimento de que a improbidade administrativa integra o sistema punitivo de nosso ordenamento, o que atrai para a ação dessa natureza, direitos e garantias típicas do processo penal.

O instituto da colaboração premiada, por sua vez, traz inúmeras especificidades que certamente estão sendo balizadas pela doutrina e, em especial, pela Jurisprudência. O caminho é para um microssistema de combate a corrupção moderno, negocial, ao ponto de implementação inclusive de cálculos econômicos na demanda gerada. Algumas indagações merecem ainda respostas, e o Estado brasileiro, já se encontra maduro para solucionar todas as dificuldades argumentativas para o estabelecimento de uma jurisprudência, que permita se atuar com segurança em relação aos limites dos acordos de colaboração que certamente tem proporcionado um avanço muito significativo no combate às organizações criminosas instaladas, por muitas das vezes, em ambiente público (o que justifica ainda mais o argumento de que em algumas situações, o Poder Judiciário deve aceitar condições extra-legais em acordos e também sua extensão para ambiente não penal, visando assim garantir a paridade de armas entre Estado Investigação e criminalidade organizada). O trabalho de formatação de uma colaboração exige muita responsabilidade e estratégia dos aplicadores do direito brasileiro neste momento, e a afirmação desta premissa se baseia no fato de que somente com o uso adequado (SALGADO, 2016) deste instrumento importantíssimo de combate à criminalidade organizada em especial aquela que lesa o erário, é que a mesma se tornará elemento de busca com imprescindibilidade inquestionável, ou seja, depende exclusivamente da forma de produção destas chamadas medidas extraordinárias de busca da verdade para que viremos a página de um microssistema de combate a corrupção tradicional.

Combater o crime organizado em especial quando há envolvimento de atos de lesão ao patrimônio público exige coragem, firmeza, mas além de tudo, compromisso com a busca da verdade real e respeito a axiomas constitucionais que não podem ser abandonados, sob o argumento de eventual incompatibilidade do sistema penal (ambiente de aplicação do instituto da colaboração premiada) com as normativas aplicáveis no tema de investigação e apuração de atos de improbidade administrativa. Tal alegada antinomia encontra argumentos jurídicos de superação, sendo que a extensão do instituto da colaboração premiada para o ambiente do Inquérito Civil e também da Ação de improbidade possibilita uma atuação mais estruturada do Estado no combate a atos de improbidade administrativa, gerando no colaborador um maior interesse em invertendo sua posição na organização criminosa, passar a fomentar o Estado na busca de elementos que a investigação ordinária não atingia.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região R. – *Apelação Cível n. 1999.38.02.000258-0/MG*. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Publicado no DJ de 8-4-2005. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2246548/apelacao-civel-ac-258-mg-19993802000258-0/inteiro-teor-100755029>. Acesso em: 29/01/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 206.256/RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 11-3-2014, publicado no DJE de 20-3-2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24995168/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-206256-rj-2012-0150433-0-stj/inteiro-teor-24995169>. Acesso em: 29/01/2021.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 2611.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SALGADO, Daniel de Rezende *et al.* *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL DE 1ª INSTÂNCIA - TRF 1ª R. – *AC 1999.38.02.000258-0/MG* – Rel. Des. Fed. Tourinho Neto – DJ 8-4-2005.

BIBLIOGRAFIA

- BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Rio de Janeiro, n. 122, p. 359-390, 2016.
- CANOTILHO, J. Gomes; NUNO Brandão. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, [s.l.], v. 146, n. 4000, 2016.
- CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa Limites Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- CUERDA-ARNAL, Maria Luisa. *Atenuación y remisión de la pena em los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministério de Justiça e Interior; Centro de Publicaciones, 1995.
- DECOMAIN, Paulo Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 206.
- OSÓRIO, Fábio Medina. O Princípio da Culpabilidade e a Improbidade Administrativa na Lei 8.429/92. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; FARIAS, Cristiano Chaves de; GHIGNONE, Luciano Taques (org.). *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. VI, p. 159-170.
- PAZZAGLINO FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2006.
- PEREIRA, Valdez Frederico. *Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento [...] 2. ed.* Curitiba: Juruá, 2013.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GARANTISMO PENAL INTEGRAL:
O INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO
SUFICIENTE E EFICAZ DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

*Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro*¹

*Roberto da Freiria Estevão*²

INTRODUÇÃO

Uma das grandes conquistas do Estado Liberal, após a queda do absolutismo monárquico, foi à consolidação do reconhecimento, por parte do Estado, de uma gama de direitos aos seus cidadãos, conhecidos como direitos fundamentais. O grande avanço se deu porque, até então, o Estado era personificado na pessoa de seu governante, era revestido de poderes

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (2009). Mestrando em Direito (Teoria do Direito e do Estado) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista Tupã (1980). Especialista em Processo Penal pela PUC-SP. Mestre em Direito (Teoria do Direito e do Estado) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Integrante do grupo de pesquisa “DiFuSO” (Direitos fundamentais sociais). Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

ilimitados em face de seus cidadãos, inclusive com poder de disposição sobre os mais caros bens jurídicos de seu povo, a exemplo da vida, da incolumidade física e da liberdade.

A nova ordem jurídica surge, então, a partir da edição de documentos legislativos, dotados de eficácia normativa, que estabeleceram limitações dos próprios poderes estatais em prestígio aos direitos de seu povo, mitigando-se sensivelmente a ingerência estatal no âmbito das liberdades individuais. Consagra-se, nesse diapasão, o novo paradigma liberal da primazia da lei, trazendo consigo o consectário da impessoalidade, emergindo a ideia de que somente um documento normativo de natureza geral e abstrata seria capaz de tratar todos de forma semelhante, impedindo-se privilégios e detrimientos legalmente injustificados.

Neste primeiro momento, todavia, ressalte-se que o Estado Liberal reconhecia tão somente direitos negativos consistentes em liberdades individuais, que não poderiam ser violadas inadvertidamente pelo Poder Público sem motivo legalmente justificado. Vale dizer, o Estado Liberal impôs a si mesmo o dever de não intervir na esfera de alguns direitos individuais da pessoa. Afirma-se, pois, que essas liberdades negativas reconhecidas pelo Estado Liberal, são direitos de primeira dimensão, a saber, os civis e políticos, a exemplo da vida, da liberdade ambulatoria e do patrimônio privado.

Nesse contexto, sob o prisma do Direito Penal, assume o princípio da proporcionalidade o importante papel de mecanismo proibitivo da hipertrofia punitiva, assegurando-se aos infratores da norma a imposição de sanções razoáveis e consonantes à reprovabilidade da conduta praticada, consagrando a noção de garantismo negativo.

Com o passar das décadas, o liberalismo revelou a ocorrência de distorções sociais, constatando-se que muitas pessoas, mesmo tendo sido tratadas rigorosamente de forma igualitária pelo Estado – sob o prisma formal –, permaneciam desequiparadas quanto aos direitos em relação à outra parcela da população. Tornou-se, pois, necessária a atuação proativa do Estado em favor de parcela de seu povo para corrigir as assimetrias, com

o nítido propósito de promover o viés substancial da igualdade enquanto axioma social.

Surgem, então, os direitos fundamentais de segunda dimensão, de natureza prestacionais, quais sejam, os direitos sociais, econômicos e culturais, que demandam do Estado não somente seu reconhecimento normativo e aplicabilidade imediata, mas a sua efetiva materialização em prestações positivas de natureza obrigacional, plenamente exigíveis e justificáveis em caso de descumprimento.

De efeito, o reconhecimento constitucional do direito social à segurança impõe aos entes federativos a intransigente salvaguarda de seus cidadãos em face de ataques intoleráveis praticados por agentes públicos e também por particulares, exigindo não apenas a repressão suficiente por fatos pretéritos, mas, em especial, a implementação de mecanismos proativos de profilaxia para assegurar a segurança da sociedade enquanto direito fundamental.

Emerge-se, assim, sob este prisma, um novel viés do princípio da proporcionalidade, agora com natureza prestacional, assegurando aos cidadãos a promoção e a concretização em favor da coletividade o direito social à segurança, com mecanismos suficientemente eficazes e rígidos para a efetiva proteção da prerrogativa à baila.

Somente a partir de então, o conceito de garantismo penal assume o caráter de garantismo integral, na exata medida em que exige do Poder Público que não se exceda no regular exercício do *jus puniendi* (viés negativo) e que, especialmente, proteja suficientemente seus cidadãos (viés positivo) em face do próprio ente estatal e, também, de eventuais insurgências intoleráveis por parte de terceiros particulares.

Portanto, percebe-se que um dos grandes desafios do direito penal contemporâneo, indiscutivelmente, tangencia a assimilação de um garantismo penal integral e consentâneo com o Estado Democrático de Direito, apto a assegurar a proteção eficaz, por parte do Estado em relação a seus cidadãos, tanto direitos fundamentais de natureza individual quanto os de natureza coletiva.

Este é o enfoque do presente trabalho, que, em relação ao procedimento metodológico, lastreia-se, fundamentalmente, em pesquisa bibliográfica. O desenvolvimento do método de abordagem terá viés dialético e sistêmico, optando-se pelo método dedutivo.

1. O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

O direito penal, sob o prisma sociológico, é um dos instrumentos de que o Estado lança mão para a realização do controle social de comportamentos desviados, com o propósito de assegurar a disciplina social e a convivência harmoniosa em comunidade.

O crime, depois de ter sido assimilado alhures como um pecado contra a divindade e, com a separação entre a Igreja e o Estado, como um ato contra a nação, passou, a partir do Século XVIII, com Feuerbach, a ser compreendido como um ato que lesa direitos subjetivos dos membros da sociedade (SILVEIRA, 2003, p.38). Posteriormente, já no Século XIX, Birnbaum supera a ideia violação a direitos subjetivos, passando a compreender o crime como a ofensa aos valores mais relevantes de uma sociedade, que poderiam ser chamados de bens jurídicos (GOMES, 2002, p. 74).

Desde então, até os dias atuais, infere-se que “a tarefa imediata do Direito Penal é de natureza eminentemente jurídica e, como tal, primordialmente destinada à proteção dos bens jurídicos” (MIRABETE, 2006, p. 23). Compreenda-se por bens jurídicos os valores ou interesses relevantes imprescindíveis à coexistência e ao desenvolvimento do homem em sociedade e, justamente por isso, mercedores de tutela penal.

Uma vez consolidada a função do direito penal de proteger bens jurídicos, passa-se a perquirir qual o critério a ser adotado pelo Estado na seleção das condutas humanas deletérias que seriam consideradas criminosas, às quais se imporiam sanções penais que implicarão restrições a direitos de seus cidadãos, a exemplo de seu patrimônio e, em última instância, à liberdade de locomoção. Nesse diapasão, é pacífico que o

critério do legislador para a seleção dos bens jurídicos a serem protegidos pela lei penal deve ter como filtro os valores jurídicos fundamentais consagrados pela Constituição. Por isso, “[...] a tarefa do legislador [...] não seria outra senão a de incorporar ao ordenamento *jurídico-penal* os valores mais importantes plasmados de modo vinculante na Constituição” (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 263).

Tem-se, portanto, que somente há intervenção penal legítima e consentânea com os ditames do Estado Democrático de Direito na incriminação de uma conduta humana que cause relevante, efetiva e intolerável lesão ou perigo concreto de violação a um bem jurídico alheio dotado de elevada importância social, prestigiando-se os princípios da ofensividade e da alteridade.

Não basta, contudo, conferir uma proteção penal meramente teórica a certos entes eleitos pelo legislador como suscetíveis de proteção: é necessário que o Estado confira uma proteção efetiva e suficiente àqueles bem jurídicos constitucionalmente consagrados contra ataques e ameaças de terceiros. Assim, consolida-se o conceito de garantismo positivo, exigindo-se que o Poder Público confira proteção penal suficiente e eficaz aos direitos fundamentais tutelados pela norma penal, consolidando-se o conceito de proibição da proteção insuficiente, idealizado por Claus Canaris.

Tradicionalmente, entretanto, o conceito de bem jurídico sempre teve relação com a pessoa humana individualmente considerada, motivo pelo qual a tipificação das infrações penais sempre se deu em razão da efetiva lesão (crimes de dano) ou da mera exposição concreta a perigo (crimes de perigo concreto) dos referidos valores protegidos pela norma penal. Exemplificativamente, dentre outros, temos como bens jurídicos tradicionalmente reconhecidos a vida, a incolumidade física, a tranquilidade domiciliar, o patrimônio, a dignidade sexual.

Ocorre que as transformações sociais e tecnológicas dos últimos tempos que nos contextualizam em uma sociedade de risco, conforme preceitua Ulrich Beck, têm influenciado o direito penal, fazendo surgir a necessidade de expandir o direito penal para assegurar uma resposta estatal

atualizada e eficiente frente às novas condutas perniciosas ao corpo social decorrentes dessas inovações (AZEVEDO, 2012, p. 71). Surge, assim, a ideia de proteção de bens jurídicos supraindividuais, rompendo com o paradigma secular de tutela penal circunscrita a valores individuais, ante a necessidade de criar tipos penais que assegurem o controle social de novos bens jurídicos de caráter coletivo.

Cuida-se do que se convencionou denominar na doutrina de espiritualização (desmaterialização, dinamização ou liquefação) dos bens jurídicos, na exata medida em que o direito penal passa a proteger valores individuais não vinculados a pessoas determinadas, mas pertencentes à coletividade, a exemplo do meio ambiente e da ordem econômica (AZEVEDO, 2012, p. 72).

Há, portanto, uma significativa mudança na compreensão de conceito de bem jurídico, porque o direito penal passa a se distanciar da objetividade natural e do eixo individual, para dar enfoque na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de caráter mais vago e abstrato (MACHADO, 2005, p. 107).

Como decorrência inevitável da espiritualização de bens jurídicos, surge a necessidade da criação de crimes de perigo abstrato, exigindo-se uma releitura do princípio da ofensividade ou da lesividade, consentânea com a sociedade de risco hodierna, que exige a proteção de bens jurídicos metaindividuais para assegurar a coexistência social harmônica.

Se, por um lado, o direito penal é um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos mais relevantes de uma sociedade, por outro, também se presta à limitação do poder de punir do Estado, notadamente porque impõe ao Estado a observância de caríssimos parâmetros legais, como a legalidade, a taxatividade, a anterioridade, a necessidade e a proporcionalidade.

De qualquer forma, percebe-se, claramente, que, através dos séculos, o direito penal pode ser visto como instrumento de proteção dos direitos fundamentais mais caros à sociedade, funcionando o princípio da proporcionalidade como importante vetor norteador do direito de punir do Estado.

2. DA PROIBIÇÃO DA HIPERTROFIA PUNITIVA À VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE DOS BENS JURÍDICOS

O direito de punir do Estado, notadamente sob a égide do Estado Liberal de Direito, estava limitado pelo princípio da proporcionalidade, exigindo que as penas infligidas fossem razoáveis e consonantes com a reprovabilidade do fato criminoso praticado, repudiando-se a ideia de hipertrofia punitiva.

A concepção de princípio da proporcionalidade, todavia, naquele contexto histórico, estava circunscrita à ideia negativa de proteção dos direitos do cidadão contra excessos inadvertidos por parte do Poder Público, sedimentada a partir do Estado Liberal de Direito, período em que apenas se reconheciam as chamadas liberdades negativas na esfera dos direitos fundamentais.

Cuida-se do mais conhecido corolário da proporcionalidade: a proibição do excesso ou vedação da hipertrofia punitiva. Sobre o tema, assim é a exegese de Sarlet (2008, p. 155):

[...] para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação.

Evidentemente, a preocupação do Estado Liberal de Direito com a proteção tão somente com a hipertrofia punitiva é plenamente justificada pelo momento histórico em que se situa, com uma preocupação circunscrita

aos direitos fundamentais de primeira dimensão, a exemplo da liberdade ambulatoria.

Com a égide do Estado Democrático de Direito, todavia, a evolução da teoria dos direitos fundamentais passou a reconhecer direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, impondo ao Estado o dever de materializar estes direitos aos seus cidadãos através de obrigações positivas, exigíveis e justicáveis.

Surge, a partir de então, uma nova face positiva do princípio da proporcionalidade – consonante com o Estado Democrático de Direito –, a saber, o dever de proteção suficiente do Estado em relação aos direitos fundamentais de seus cidadãos. Assim, o princípio da proporcionalidade passa a agregar em sua estrutura normativa não apenas a concepção negativa de proibição do excesso, mas, igualmente, um viés positivo da proibição da proteção insuficiente.

Parafraseando Streck (2004):

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot).

Nada obstante, conforme Sarlet (2005, p.180):

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, [...], um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

A ideia de proibição da proteção insuficiente aos direitos fundamentais, aglutinada à vedação da hipertrofia punitiva, portanto, resulta na edificação teórica denominada garantismo penal integral, uma releitura da teoria do garantismo penal edificada pelo italiano Luigi Ferrajoli, a respeito da qual o capítulo seguinte pretende minudenciar, dimensionando-o como instrumento de proteção eficaz dos direitos fundamentais.

3. O GARANTISMO PENAL INTEGRAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO EFICAZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

A teoria do garantismo penal foi elaborada na década de 1980 pelo italiano Luigi Ferrajoli, surgindo como política criminal que pretende estabelecer meio termo entre o direito penal máximo e o abolicionismo penal. Conceitua-se, com efeito, tradicionalmente o garantismo penal como o modelo de política criminal que busca diminuir no mínimo o poder punitivo do Estado e aumentar ao máximo as liberdades individuais do cidadão.

Extraí-se, contudo, desse conceito tradicional um modelo de garantismo penal à brasileira, com uma acepção unitária e exclusivamente negativa, consentânea apenas às necessidades do Estado Liberal de Direito na proteção das liberdades individuais, o que se revela plenamente compreensível, diante do contexto histórico brasileiro imediatamente posterior a um longo período autoritário de governos que suprimiram inúmeros direitos fundamentais de primeira dimensão, especialmente o direito geral à liberdade, especificamente de manifestação, de expressão, de pensamento e de locomoção.

Entretanto, com efeito, em que pese seja louvável a intransigente defesa dos direitos fundamentais individuais – inclusive dos investigados e acusados em geral –, é necessário observar que, à luz de uma concepção sistêmica e integral da Constituição da República, consentânea com um Estado Democrático de Direito, a ordem jurídico-constitucional pátria prevê outros direitos e deveres constitucionais igualmente merecedores de igual preocupação, a exemplo dos direitos coletivos e sociais.

Assim, à visão parcial e obnubilada apresentada por boa parte dos autores brasileiros sobre o garantismo penal, tem-se denominado garantismo hiperbólico monocular, expressão cunhada por Fischer (2009), segundo o qual:

Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados.

Nesse diapasão, sugere-se a essa visão parcial do garantismo a nomenclatura de garantismo claudicante, em referência ao imperador romano Cláudio, que padecia de coxeadura.

A ideia, portanto, de garantismo integral reclama a aglutinação de uma face positiva, consistente no dever prestacional do Estado de salvaguardar os mais caros bens jurídicos fundamentais de seus cidadãos em face de ataques intoleráveis e ilícitos praticados por terceiros.

Sobre o garantismo positivo, eis a exegese de Streck (2005):

É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado (garantismo negativo). Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.

Consequentemente, a visão igualmente monocular do princípio da proporcionalidade lastreado tão somente na proibição da hipertrofia punitiva exige uma releitura à luz do garantismo integral, notadamente em seu novel viés positivo. Validamente, se, por um lado, o Estado deve

prever mecanismos de coibição dos seus próprios excessos no exercício do direito de punir, por outro, é credor de um dever prestacional de proteger suficientemente a sociedade com a tutela intransigente de seus mais importantes bens jurídicos.

Surge, então, o duplo viés do princípio da proporcionalidade, consonante com o garantismo penal integral e com o Estado Democrático de Direito, com o seu novo corolário: a vedação da proteção insuficiente, bem exposta por Streck (2005):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como conseqüência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Longe de se tratar de discussão meramente teórica, a existência do princípio da vedação da proteção insuficiente vem, timidamente, sendo reconhecida na jurisprudência, a exemplo da transcrição parcial da ementa a seguir, de lavra do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*ubermassverbote*), como também

podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*untermasverbotte*). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. (BRASIL 2016).

É necessário, contudo, deixar claro que a aglutinação de um viés positivo ao garantismo penal não pretende, em hipótese nenhuma, relativizar ou suprimir os direitos fundamentais dos investigados e acusados em geral – o que jamais se toleraria em um sistema penal garantista –, mas, tão somente, consolidar um direito penal do equilíbrio, preocupado, na mesmíssima medida, tanto com os direitos individuais dos increpados, quanto os direitos fundamentais coletivos inerentes à sociedade, como o direito à segurança e os bens jurídicos de natureza difusa, igualmente protegidos pela norma penal.

Apenas a título de exemplo, convém rememorar a exegese do próprio Luigi Ferrajoli, quando questionado, em terras brasileiras, em uma palestra proferida no Ministério da Justiça, em Brasília, em 16 de outubro de 2013, sobre a compatibilização entre sua teoria do garantismo penal com a necessidade de punição dos agentes públicos pelos crimes praticados durante o regime militar, respondendo o professor italiano que óbices de natureza temporal, como a prescrição, não poderiam ser opostos diante da obrigação positiva do Estado de agir no sentido de punir eficazmente os autores destes delitos.

Não se trata, portanto, a teoria do garantismo penal, à toda evidência, de instrumento de impunidade dirigido ao afastamento, a qualquer custo, do direito de punir estatal.

Conclui-se, pois, que o garantismo penal integral, longe de visar à punição a qualquer custo, sustenta, ao revés, a necessidade de intransigente respeito às garantias individuais do acusado, sem descuidar dos demais direitos fundamentais de natureza coletiva, igualmente caros à ordem jurídico-constitucional pátria e dignos de semelhante proteção jurídica pelo sistema de justiça criminal, sendo um verdadeiro instrumento do

direito penal do equilíbrio, consonante com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O longo período autoritário vivenciado no século passado durante três décadas no Brasil, marcado por sucessivas supressões de direitos fundamentais de seus cidadãos, explica a justificável preocupação do poder constituinte originário em sobrelevar os direitos fundamentais na nova ordem jurídico-constitucional erigida pela Constituição da República de 1988, sedimentando uma importante doutrina de garantias individuais asseguradas pelo Estado aos seus cidadãos, notadamente no âmbito do direito penal e do processo penal.

O marco histórico fundamental da consolidação dessa doutrina de garantias se deu com a obra “Direito e Razão”, de Luigi Ferrajoli, que teve por propósito estabelecer as premissas basilares de proteção dos direitos fundamentais individuais (denominados de primeira dimensão), auferindo grande notoriedade em terras brasileiras, justamente pelo contexto histórico posterior ao período autocrático aqui vivenciado, estabelecendo a ideia de um garantismo penal negativo.

Todavia, avaliando com acuidade nossa ordem jurídico-constitucional, percebe-se a necessidade de salvaguarda não apenas dos direitos fundamentais individuais, que impõem ao Estado apenas obrigações negativas de abstenção na esfera de direitos de seus cidadãos, tratando-se de visão parcial, obnubilada e monocular da doutrina garantista, compatível apenas com a proteção de direitos de primeira dimensão reconhecidos pelo vetusto Estado Liberal de Direito.

É necessária, com efeito, uma compreensão integral e sistêmica dos comandos da Constituição da República, com a consequente e intransigente proteção dos direitos fundamentais de natureza individual, repudiando, com todas as forças, a hipertrofia punitiva, sem prejuízo da imprescindível tutela dos direitos fundamentais de natureza social e coletiva, abrangendo a necessidade de proteção suficiente, por parte do Estado, aos direitos de

segunda e de terceira dimensão de cidadãos, agregando à teoria garantista um viés positivo e consonante com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

A consolidação da teoria do garantismo penal integral, portanto, emerge como o grande e novo desafio do direito penal na contemporaneidade, na exata medida em que deve impedir a inadvertida hipertrofia do poder punitivo estatal em face dos investigados e acusados no âmbito criminal, assegurando, por conseguinte, a intransigente tutela de seus direitos de primeira dimensão, sem descuidar da indiscutível necessidade de suficiente proteção aos direitos fundamentais e bens jurídicos mais relevantes à sociedade, protegendo, igualmente, direitos de segunda e de terceira dimensão, consagrando, assim, a novel concepção de um verdadeiro direito penal do equilíbrio que assegura, na mesma medida, a proteção integral coletiva sociedade e individual de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. Coleção Sinopses para Concursos.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciências Criminais, v.1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.087 – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. *Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 24 agosto 2012*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 29 dez. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 29 dez. 2016.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal integral? In: CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs). *Garantismo Penal Integral*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 59-93.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade de Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBBCRIM, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *In: Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, jun. 2005. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridical/article/view/2134>. Acesso em: 03/02/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In: Revista da Ajuris*, v. 35, n. 109, mar. 2008. p. 155. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridical/article/view/2134>. Acesso em: 03/02/2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 171-202, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000769726>. Acesso em: 03/02/2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituiaolnliolusstreck.pdf>. Acesso em: 03/02/2021.

BIBLIOGRAFIA

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Direito penal da sociedade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997.

BONFIM, Edilson Mougenot. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 05 set. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

9

LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO PELA POLÍCIA MILITAR COMO RESULTADO DE EFEITOS “DROMOLÓGICOS”

*Murilo César Antonini Pereira*¹

*José Eduardo Lourenço dos Santos*²

1. INTRODUÇÃO

Sob o impulso dos efeitos “dromológicos”, vem sendo editados atos administrativos e leis no campo do direito penal e processual penal, ao arrepio de paradigmas constitucionais. Na prática, gera a violação de direitos e garantias fundamentais de investigados, na fase preliminar da persecução criminal.

¹ Bacharel em Direito - UNIFRAN (2004). Especialista em Ciências Penais - UNIDERP (2011). Mestrando em Direito – UNIVEM (2018). Advogado - OAB-SP (2003-2009). Professor Universitário - UEMG- Ituiutaba (2011-2013). Atualmente Delegado de Polícia - PCMG.

² Possui Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002), Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2013) e Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos - 2016). Atualmente é professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação e Mestrado, e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Criminologia, Direito e Internet, Direito Processual Penal, Direitos Fundamentais, Derrotabilidade Normativa e Novos Direitos.

Nesse contexto, as estratégias cedem espaço para a “dromologia”. O espaço físico democrático é substituído pela “ditadura da velocidade”, com a “desterritorialização” do controle da criminalidade, que passa a ser ocupado pelo “domínio do tempo”.

A permissão legal da lavratura de termo circunstanciado, no Estado de Minas Gerais, por policiais militares revela que os efeitos “dromológicos” atingiram políticas adotadas pelo Estado Mineiro, seduzido pelo mito de que a alteração de procedimentos investigatórios, tornando-os mais céleres a qualquer custo, resulta em eficiência.

Tratar da interferência da velocidade no direito criminal mostra-se relevante no cenário contemporâneo globalizado e tecnológico. A releitura do direito penal e do processo penal sob a ótica do progresso “dromológico”, em que a sociedade busca e produz cada vez mais aceleração, exige reflexões e respostas produtoras de invalidações de normas que não se conformam com a matriz constitucional.

O método de abordagem consubstancia-se no hipotético-dedutivo. Demonstra-se o grave problema da irradiação dos efeitos “dromológicos” sobre os Poderes Legislativo e Executivo do citado Estado, que deu ensejo à autorização da lavratura de termo circunstanciado pela integralidade dos policiais militares, contrastando com o sistema de garantias plasmado em nosso texto maior.

Após a comprovação do problema, a hipótese apresentada é a de que a Lei Estadual Mineira viola direitos fundamentais preconizados na Constituição, além de deformar e banalizar a figura da autoridade policial, de modo a ser encarada como inconstitucional por não estar em conformidade com os direitos e garantias fundamentais dos investigados e com as delimitações das funções dos órgãos de segurança forjadas constitucionalmente.

Objetiva-se, pois, trazer à tona a nocividade dos efeitos “dromológicos”, incidentes sobre os direitos fundamentais dos investigados por infrações de menor potencial ofensivo, formalmente manifestado por meio da Lei n.º 22.257, de 27 de julho de 2016.

Inicialmente, busca-se analisar os efeitos “dromológicos” materializados por meio de Lei; na sequência, são traçadas considerações sobre o termo circunstanciado e a expansão das funções da polícia militar como resultado dos efeitos “dromológicos”; o conceito de autoridade policial como obstáculo aos efeitos “dromológicos” também será tratado; e por fim, defende-se a inconstitucionalidade da Lei Mineira, permissiva da lavratura do termo circunstanciado pela polícia militar por violação de direitos fundamentais dos investigados.

Identifica-se vários pontos de choque da Lei Mineira com normas constitucionais, sobretudo, as que versam sobre a dignidade, a liberdade, ao devido procedimento legal e ao princípio do delegado de polícia natural.

Em suma, procura-se demonstrar que as políticas criminais adotadas pelo Estado de Minas Gerais representam sintomas “dromológicos” transformados em Lei aceleradora do procedimento investigatório de infrações penais de menor potencial, cujo conteúdo normativo, além de afrontar conceitos sedimentados por leis federais e ditames constitucionais, não consolidam categoriais de efetividade investigatória.

2. EFEITOS “DROMOLÓGICOS”

Cunhada por Paul Virilio, “dromologia”, etimologicamente oriunda da palavra grega “dromos” (corrida/velocidade), consiste no estudo da velocidade e da lógica da corrida no contexto de uma sociedade acelerada e pós-moderna.

Para a “dromologia”, a velocidade é considerada como fator principal resultante da revolução política e tecnológica, possibilitando rápido processo de produção ao mesmo tempo em que ocasiona a destruição desses processos em proporções iguais ou até em níveis mais elevados (VIRILIO, 1996, p.10).

Na era digital e tecnológica, como cediço, a velocidade é apresentada como obrigação coletiva, ou seja, a rapidez é exigência da civilização contemporânea imposta a todas as pessoas. O “Estado de Emergência” é a

realidade contemplada no horizonte, introduzindo mudanças ao sabor das exigências do ritmo do progresso “dromológico”.

O estreitamento das distâncias transformou-se numa realidade estratégica com consequências econômicas e políticas incalculáveis, equivalendo à negação do espaço. “O valor estratégico do não-lugar da velocidade suplantou definitivamente o do lugar [...]” (VIRILIO, 1996, p.123). A contração do mundo fez com que todos virassem reféns de um universo topológico artificial. A tecnologia dos ambientes, a aceleração das relações e a capacidade de interconexão mundial poderão provocar a interface da terra (VIRILIO, 1996, p.125). Quanto maior a velocidade, maior será a eficiência. Esta é a equação proposta pelos interesses de uma sociedade “dromológica”, dominada pelo medo e insegurança, que faz o papel de criadora e criatura do “Estado de Emergência”, em que “a perda do espaço material implica governar apenas o tempo” (VIRILIO, 1996, p.129). Nessa trilha, o Estado adotou o “Ministério do Tempo” como reitor de suas decisões políticas, sociais e jurídicas, em que cada velocidade funcionaria com um departamento do tempo (VIRILIO, 1996, p.129). Em sendo o fenômeno criminal um problema social, o Estado, contaminado pelos efeitos “dromológicos”, vale-se de procedimentos inconstitucionais com o objetivo de reprimir a criminalidade.

No plano abstrato, O Estado-Legislador, como no Estado de Minas Gerais, produz normas jurídicas movido pela busca da velocidade e eficiência na fase preliminar da persecução criminal, balizado em critério utilitarista de perseguir a celeridade como fim, não se importando em respeitar ditames constitucionais no percurso.

Já na prática, o Estado-Investigador age de modo ilegítimo, consagrando uma concorrência eliminatória e a usurpação de funções de órgãos de segurança pública, a violar direitos e garantias fundamentais de investigados.

Ao permitir, por meio de Lei, que policiais militares lavrem termo circunstanciado, o Estado cria uma conjuntura inconstitucional no plano abstrato, além de potencializar, no plano concreto, a violação de direitos

e garantias fundamentais do cidadão-investigado pela prática de infração penal de menor potencial ofensivo.

3. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA

Instituída por força do art. 98, inciso I, da Constituição Federal, a Lei 9.099/95 introduz um conjunto de normas voltadas para a simplificação e conciliação da persecução criminal, possibilitando a lavratura de termo circunstanciado de ocorrência e a tramitação de um processo sintético e célere, a resultar numa simplificada investigação criminal e imediata prestação jurisdicional. Esta legislação consagrou a justiça criminal consensual (BRASIL, 1995).

Estimulada pela Lei 9.099/95, a celeridade merece ser tratada com mais atenção, eis que traduz o fundamento principal para a adoção de meios imediatistas na lavratura no termo circunstanciado (BRASIL, 1995). Em busca de maior rapidez, permitiu-se que a investigação policial de crimes de menor potencial ofensivo fosse presidida por qualquer policial militar, ultrapassando os limites da simplicidade e da informalidade, entrando em rota de colisão com as normas constitucionais.

Embora seja um procedimento informal, o termo circunstanciado não deve ser confundido com mero boletim de ocorrência. Noutras palavras, de maneira alguma se pode pensar em desnaturar o seu caráter investigativo criminal. Sua falta de complexidade não traduz singela atividade mecânica, visto que inúmeras questões jurídicas são examinadas, exigindo conhecimento técnico-jurídico para a tomada de múltiplas decisões.

Ademais, independentemente da gravidade da infração penal que será apurada, mesmo não gerando prisão em flagrante, caso o investigado assine termo de comparecimento ao Juizado Especial Criminal, sua lavratura alcança a dignidade humana, eis que ocorre a restrição (ainda que momentânea) da liberdade de locomoção, podendo ofender a integridade física e psíquica do investigado.

Por isso, todo investigado por crime de menor potencial tem o direito de exigir do Estado o respeito aos valores inerentes à condição de ser humano, de modo a não ser tratado como objeto em procedimento investigatório deturpado pelos efeitos “dromológicos”, devendo o Estado-Investigador assegurar as garantias de qualquer cidadão ser investigado por um delegado de polícia, com atribuição constitucional para tanto.

4. AMPLIAÇÃO DAS FUNÇÕES DA POLÍCIA MILITAR COMO RESULTADO DOS EFEITOS “DROMOLÓGICOS”.

A alucinação “dromológica” modula a percepção de governados, governantes, instância midiática e autoridades. Os efeitos “dromológicos” chegaram ao ponto de se materializarem em leis, chancelando a usurpação de funções da polícia judiciária dentro do contexto de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

No Estado de Minas Gerais, sob a influência da “dromologia”, recentemente foi promulgada a Lei n.º 22.257 de 27 de julho de 2016, com a finalidade de alterar a estrutura do Poder Executivo. No capítulo VI, o art.191 da famigerada lei ampliou as funções da polícia militar, autorizando qualquer policial militar a lavrar termo circunstanciado (BRASIL, 2016).

Malgrado tenha sido vetado pelo Governador, o veto ao aludido artigo foi rechaçado pela Assembléia Legislativa. A fagulha de racionalidade do Poder Executivo foi rapidamente apagada pelo sopro “dromocrático” do Poder Legislativo.

Cabe lembrar que o dispositivo da citada lei foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. A questão é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5637, ainda pendente de julgamento (MINAS GERAIS, 2016).

Ressalta-se, outrossim, que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais chancelou o art.191 da Lei Estadual n.º 22.257/2016, emitindo Aviso Conjunto n. 02/PR/2017.

Em outros Estados da Federação, a situação não é diferente a do Estado de Minas Gerais. Os resultados dos efeitos “dromológicos” sobreditos são aceitos pelo Executivo, Judiciário e o Ministério Público, por meio de atos administrativos, decisões judiciais, provimentos e conclusões sedimentadas em encontros/congressos das referidas carreiras.

Insta destacar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei (PLS 439/2016), que pretende modificar dispositivo da Lei 9.099/95, a permitir que qualquer policial — seja civil, militar, rodoviário — possa lavar o termo circunstanciado.

Não há dúvidas dos riscos sociais e jurídicos de se expandir semanticamente o conceito de autoridade policial. Ao admitir que qualquer policial militar se arvore nas funções de autoridade policial, o Estado promove, sob o signo da aceleração da investigação criminal, o atropelo de direitos fundamentais que, no processo democrático, devem ser protegidos e incrementados.

Essa anomalia jurídica concebida do ventre do Estado “dromológico” não merece vida longa. Não é tolerável a miopia daqueles que enxergam a velocidade de procedimentos investigatórios como política de segurança eficiente, pois a celeridade utilitarista que os impulsiona provoca o fechamento de seus olhos para políticas de repressão à criminalidade efetivas que não se dissociam do respeito à dignidade humana, à liberdade e ao devido procedimento legal.

5. O CONCEITO DE AUTORIDADE POLICIAL COMO INIBIDOR DOS EFEITOS “DROMÓLOGICOS”

Em Minas Gerais, na prática, um soldado, sem qualquer formação jurídica, deparando-se com a ocorrência dos fatos, subitamente assumirá o papel de autoridade policial, com o poder de decidir e apurar infrações de menor potencial ofensivo.

Ocorre que o conceito de “autoridade policial” extraído de leis federais e da própria Constituição Federal surge como antídoto eficaz

contra os efeitos “dromológicos” que insistem em intoxicar a persecução de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Analisando o art. 69 da Lei 9.099/95, nota-se que o legislador reserva exclusivamente à autoridade policial a função de lavrar termo circunstanciado. Pressupondo que se trata de um procedimento investigativo, a única conclusão plausível é a de que a atribuição para sua lavratura é do delegado de polícia.

Nesse passo, calha observar os ensinamentos de Mirabete (1998, p. 61):

Na legislação processual comum, aliás, só são conhecidas duas espécies de «autoridades»: a autoridade policial, que é o Delegado de Polícia, e a autoridade judiciária, que é o Juiz de Direito. Somente o Delegado de Polícia e não qualquer agente público investido de função preventiva ou repressiva tem, em tese, formação técnica-científica para classificar infrações penais, condição indispensável para que seja o ilícito praticado incluído ou não como infração penal de menor potencial ofensivo. Somente o Delegado de Polícia pode dispensar a autuação em flagrante, nos casos em que se pode evitar tal providência, ou determinar a autuação quando o autor do fato não se comprometer ao comparecimento em Juízo, arbitrando fiança quando for o caso [...] Assim, numa interpretação literal lógica e mesmo legal, somente o delegado de polícia pode determinar a lavratura de termo circunstanciado a que se refere o art. 69.

Nesse sentido, o art. 144 da Constituição Federal traz o rol dos órgãos incumbidos da segurança pública, bem como taxativamente define as funções das polícias, delimitando as atribuições de cada corporação, preferindo intitular delegado de polícia (e não autoridade policial) como presidente da apuração das infrações penais, exceto as de natureza militar.

Se não é deferida a atribuição de apurar as infrações penais de natureza militar à Polícia Civil, a recíproca também é verdadeira, ou seja, não é autorizada a apuração de infrações penais comuns à polícia militar (DOTTI, 1996).

Registra-se que o Código de Processo Penal preconiza, em seu artigo 4º, que a polícia judiciária é exercida por autoridades policiais e terá por fim a apuração de infrações penais. Como se nota, a lei regente do processo penal destina exclusivamente à autoridade policial a missão de apurar infrações penais, não abrindo exceções ou deixando margem para interpretações dissonantes.

A Lei 12.830/2013 (art.2º, §1º) reafirma a importância do delegado de polícia como única autoridade policial com poderes de conduzir investigações por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei (v.g. termo circunstanciado) (BRASIL, 2013).

Nesse diapasão, Lopes Junior e Gloeckner (2014, p. 241) entendem que:

Como determina o art.4º do CPP [...], o inquérito policial é realizado pela polícia judiciária. [...] A investigação policial foi reafirmada pela Lei 12.830/2013, que estabeleceu em seu art.2º, que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas do Estado. No §1º do art.2º, a lei confirma que caberá ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, a condução da investigação criminal por meio do inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei [...].

Evidencia-se, portanto, que os citados efeitos “dromológicos”, deformadores da figura da autoridade policial, encontram no elemento semântico uma barreira intransponível, que atribui, com exclusividade, o poder indeclinável de investigar qualquer infração penal (exceto as militares) e de presidir procedimento investigatório (inquérito policial e termo circunstanciado de ocorrência) à única autoridade: o delegado de polícia.

6. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI PERMISSIVA DA LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTÂNCIADO POR QUALQUER POLICIAL MILITAR

A todo investigado por quaisquer infrações penais se deve assegurar uma investigação célere, porém, a rapidez da investigação não pode seguir

a lógica utilitarista de que os fins justificam os meios, invertendo-se valores e usurpando funções previamente e taxativamente definidas pela Constituição Federal, sem se inquietar com a rigorosa observância dos direitos e garantias fundamentais do investigado.

Quando o vetor velocidade é traço marcante e fundamental de um procedimento, tem-se um sistema persecutório desumano e autoritário. Expandir a legitimidade de lavrar termo circunstanciado à integralidade dos membros da polícia militar como mecanismo veloz e gerativo de eficiência significa trocar estratégias criminais pela “dromologia”, consolidando uma concorrência eliminatória entre órgãos que modificam os ritmos vitais de procedimentos (VIRILIO, 1996, p. 95).

A busca por resultados a qualquer custo, sacrificando despreocupadamente direitos dos investigados, a serviço de uma resposta estatal mais veloz à criminalidade, apresenta-se como instrumento simbólico e desprovido de efetividade.

Sobre o oportunismo da atuação simbólica do Estado, Santos (2017, p. 98) ensina que:

Tem-se uma falsa sensação de que o descumprimento da lei não é tolerado, de que as minorias estão amparadas (algo está sendo feito), uma vez que os mais afetados não possuem poder político para demonstrar o contrário. Trata-se de uma atuação simbólica do Estado, sem a verificação real dos problemas que ocorrem. O que se procura é demonstrar poder, na ilusão aos demais de que algo está sendo feito, fechando os olhos ao fracasso de tal política.

Ao ser conduzido para um quartel militar pela prática de uma infração penal de menor potencial ofensivo e ser alvo de procedimento investigatório, mesmo que simplificado, presidido por um policial militar sem preparo e inabilitado juridicamente, o investigado não tem sua dignidade respeitada. Também, não lhe são asseguradas as garantias do devido procedimento legal, mormente a de ser investigado pela polícia judiciária sob a direção de um delegado de polícia (Delegado de Polícia Natural).

O Estado que edita leis sobre procedimento criminal em desconformidade com a Constituição Federal e o sistema de leis federais sobre a matéria, revela-se protagonista da disseminação de múltiplos danos sociais, tão graves ou mais impactantes que o próprio crime cometido pelo investigado. Sobre a importância da Constituição e das garantias nela consagradas em detrimento do poder persecutório Estatal, Thums (2006, p. 97) destaca que:

O papel da Constituição e as garantias constitucionais do processo devem ser vistos como formas de controle e limitações impostas ao Estado na sua ação de persecução penal e julgamento. Nesse passo, as garantias do processo, asseguradas a partir de normas constitucionais, mostram-se de significativa relevância para a tutela dos direitos fundamentais do homem.

As inconstitucionalidades verificadas em leis estaduais, que são produtos de uma sociedade infectada pelos efeitos “dromológicos”, como a lei mineira (Lei 22.257/2016), demonstram o assassinato sem piedade dos direitos e das garantias individuais, como modo de conformar uma atuação policial imaginariamente mais eficiente e célere.

Acerca do fundamento da inconstitucionalidade por ação, observe o magistério de Silva (2002, p. 47):

O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

Ao definir e delimitar taxativamente as funções de cada órgão de segurança pública, nossa Carta Magna teve a intenção de evitar concorrência e usurpações de atividades entre as corporações, propiciando,

de outro lado, segurança jurídica aos investigados criminalmente de terem suas condutas apuradas por intermédio de procedimento legal presidido por uma autoridade policial garantidora de direitos inerentes à condição humana.

Frisa-se que o princípio do Delegado de Polícia Natural faz parte do arcabouço de garantias fundamentais de todo investigado. Apesar de o tema ser embrionário (em comparação ao Juiz Natural e Promotor Natural), a doutrina vem reconhecendo que o princípio do Delegado de Polícia Natural está consagrado na Lei 12.830/13 (BRASIL, 2013). Observe:

[...] o parágrafo 4º, de seu artigo 2º, que suscita a ideia de um princípio do delegado natural, na esteira noção mais geral de um princípio da autoridade natural (juiz natural, promotor natural e defensor natural) [...] Conquanto haja resistências da jurisprudência e da doutrina majoritária em admitir tal princípio do delegado de polícia natural, entendemos que já se trata de princípio positivado no sistema (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 118).

A persecução penal, cuja deflagração se justifica pela prática de uma conduta ilícita, não se projeta como manifestação absoluta do Estado seduzido pelos efeitos “dromológicos”. O poder persecutório na fase preliminar à processual é de exercício indeclinável da polícia judiciária, devendo ser regida por padrões normativos constitucionais.

O reconhecimento do “valor intrínseco da pessoa humana” (BARROSO, 2017, p. 288), elemento integrante do conteúdo mínimo da dignidade humana, exige o respeito à liberdade de locomoção e à proteção da integridade física e psíquica do investigado, mesmo nos casos em que o cerceamento dos direitos fundamentais seja momentâneo, como durante a lavratura de termo circunstanciado.

Qualquer lei estadual, como a do Estado de Minas Gerais, concebida a partir de uma matriz “dromológica”, que se aventure em transferir as funções da polícia judiciária de investigar infrações penais a outros órgãos, como a polícia militar, é manifestamente inconstitucional e, por isso, deve ser invalidada.

CONCLUSÃO

Não se discute que o poder “dromológico”, atualmente, domina cidadãos, mídia e Estado. O problema reside na “ditadura da velocidade”, que se revela onipresente e se apresenta como valor supremo, constituindo causa e efeito, retroalimentando-se na sociedade contemporânea de emergência. Hodiernamente, todos são coagidos ao movimento acelerado.

O direito penal e o processo penal não escaparam da influência “dromológica”, eis que a fonte material do direito (Estado) encontrou nos efeitos “dromológicos” triunfante fundamento para esconder o fracasso e a falta de políticas públicas sérias tendentes a prevenir e reprimir a criminalidade.

No Estado de Minas Gerais, promulgou-se lei estadual, que ampliou semanticamente, na mesma velocidade em que autorizou apurações de infrações penais de menor potencial ofensivo por qualquer policial militar, o conceito de autoridade policial. Não à toa que o principal argumento da criação da famigerada lei foi o de propiciar maior celeridade e eficiência na apuração de infrações de menor potencial ofensivo. Sob a lógica utilitarista, focando apenas na busca de maior velocidade na conclusão de termos circunstanciados de ocorrência, o Estado operou-se de forma inconstitucional, atropelando direitos e garantias fundamentais.

Ao expandir as atribuições da polícia militar por meio de Lei, o Estado de Minas Gerais ultrapassou a fronteira da constitucionalidade, eis que a repartição das funções de cada órgão incumbido da segurança pública foi taxativamente e estrategicamente especificada na Constituição Federal, representando uma garantia do cidadão investigado ao devido procedimento legal, em que a apuração de qualquer infração penal, exceto as militares, deve ser procedida pela polícia judiciária, sob a direção da única autoridade policial: o delegado de polícia.

A questão vem gerando repercussão corporativa e social, tanto que a inconstitucionalidade está sub judice no Supremo Tribunal Federal - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5637 (BRASIL, 2016).

Refletindo sobre a atuação do Estado-Legislador e do Estado- Investigador de Minas Gerais, que chancelou usurpações de funções da polícia judiciária e vem aplicando cotidianamente norma eivada de inconstitucionalidade no ritmo da hiperaceleração de procedimentos investigatórios violadores de direitos e garantias fundamentais dos investigados, depreende-se que a celeridade que motivou a criação desse cenário, erigido no contexto democrático, poderia servir de fundamento para estruturar a polícia judiciária.

Com investimento em pessoal e desenvolvimento tecnológico, sobretudo em instrumentos de inteligência policial e comunicação virtual entre os demais órgãos envolvidos na persecução criminal, criação de documento único de identificação pessoal e banco de dados também único com abrangência nacional, enfim, com soluções práticas resolver-se-iam problema prático.

Com efeito, é consabido que os efeitos “dromológicos” são inevitáveis e continuarão provocando mudanças intelectuais, urbanísticas, culturais, sociais, políticas e jurídicas. Saber (quando e como) dosar o ritmo da velocidade e equalizá-lo na frequência dos ditames constitucionais, com respeito aos direitos e garantias fundamentais, é dever republicano de qualquer Ente Federativo introduzido em uma “Dromocracia”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. *Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 22.257, de 27 de julho de 2016*. Estabelece a estrutura orgânica da administração pública do Poder Executivo do Estado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=22257&ano=2016>. Acesso em: 03/02/2021.

DOTTI, René Ariel. A autoridade policial na Lei 9099/95. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 41, maio 1996.

MINAS GERAIS. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5637 (0064157-34.2016.1.00.0000)*. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. Relator: Ministro Edson Fachin. Minas Gerais, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5114415>. Acesso em: 05 out. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. O surgimento do biopoder, os avanços tecnológicos e o controle social. *Revista Argumenta Journal Law*, Jacarezinho-Paraná, n 25, p. 87-114, 2016. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumental/article/view/618/pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. Salvador: JusPodivum, 2015.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, dromologia, tecnologia e garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996a.

BIBLIOGRAFIA

LOPES JUNIOR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. Tradução de Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996b.

DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA: UNIFICAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR BRASILEIRA

*Henrique Hatum Fernandes*¹

*Victor José Amoroso de Lima*²

*Mário Furlaneto Neto*³

INTRODUÇÃO

Em 02 de setembro de 2015, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, criou a Comissão Especial para estudar e apresentar propostas de unificação das Polícias Cíveis e Militares brasileiras. A Comissão Especial, composta por 26 Deputados e igual número de suplentes, desde então, vem promovendo audiências públicas, missões

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Graduando em Ciências Sociais pela UNESP. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Assistente Jurídico. E-mail: henriquehfernandes@hotmail.com.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Mestrando em Direito pelo UNIVEM. Advogado. E-mail: vjalima@hotmail.com.

³ Mestre e Doutor em Ciência da Informação pela UNESP. Professor da graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Professor da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Delegado de Polícia. Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito e Internet - NEPI, mantido pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. E-mail: mariofur@univem.edu.br.

oficiais ao exterior e seminários para debater o tema que pretende refletir mudança de paradigma na estrutura da segurança pública brasileira.

Neste contexto, foram realizadas missões oficiais à Alemanha, Itália, França, Estados Unidos, Canadá, Áustria, Chile e Colômbia, tendo deliberado, em última reunião, por promover visitas técnicas em unidades das Polícias Cíveis e Militares situadas nos 26 Estados da Federação. Concomitantemente, realiza-se o Seminário Internacional sobre as Unificações das Polícias Cíveis e Militares, no Auditório Nereu Ramos, na Câmara dos Deputados, em Brasília/DF.

Verifica-se, portanto, que o tema a ser pesquisado é extremamente relevante, por estar em pauta de discussão na Câmara dos Deputados e que poderá gerar a propositura de Projeto de Emenda Constitucional, o que requer, também, amplo debate da comunidade científica.

Assim, por meio do método dedutivo, com emprego de revisão bibliográfica e legislativa, parte-se da premissa de que a segurança, enquanto direito fundamental, engloba a segurança pública, dever do Estado, mas direito e responsabilidade de todos, concretizada em parte pelo Estado, por intermédio dos órgãos que compõem a Segurança Pública. Porém, como o esforço do Estado não tem revelado resultados satisfatórios, estuda-se a possibilidade de unificação das polícias, enquanto possibilidade de trazer maior eficiência à prestação do serviço público.

Para tanto, inicialmente, necessário enfrentar o direito à segurança, enquanto direito fundamental, o que se fará a seguir.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal (CF) garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à segurança, dentre outros (BRASIL, 1988).

A redação do texto constitucional possibilita reflexões. Em um primeiro momento, em relação aos destinatários da norma. Nesse sentido, parece equivocada a interpretação que o direito à segurança tenha enquanto destinatários apenas os brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Compartilha-se, assim, o entendimento de Dimoulis e Martins (2007), no sentido de que o preceito constitucional, também, deve alcançar os estrangeiros que estejam de passagem pelo país, igualmente detentores do direito à segurança.

Outra questão que se impõe discutir é se o direito à segurança é individual ou coletivo. Nesse sentido, Ferreira Filho (2005 *apud* SILVA, 2010, p. 438) reporta que o direito à segurança “[...] é um conjunto de garantias, natureza que, aliás, se acha ínsita no termo segurança.”. O autor enfatiza que referido direito “[...] aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e gozo de algum direito individual fundamental [...]”, em cujo contexto se inserem os demais elencados no próprio *caput* e nos incisos do artigo 5º da CF.

Por sua vez, Guerra (2013 *apud* ESSADO, 2014) retrata o direito à segurança enquanto direito individual e coletivo, analisando-o, sob duas perspectivas: subjetiva e objetiva. A primeira, caracteriza o direito individual subjetivo de o cidadão viver livre de qualquer coerção estatal ou individual, enquanto a segunda, no direito coletivo de o Estado proporcionar, através dos órgãos que o representavam e por meio de políticas pública, segurança a todos os cidadãos.

Ao analisar a natureza jurídica da segurança pública em um viés constitucional, Vilarde (2010) a vislumbra sob duas perspectivas: enquanto direito fundamental, pois presente no preâmbulo da carta política e no *caput* do artigo 5º, assim como um serviço público a ser prestado pelo Estado por meio das instituições elencadas no artigo 144 da CF.

Na mesma linha de raciocínio, Santin (2004, p. 78) salienta que em qualquer discussão sobre gerações, ondas ou dimensões de direitos humanos, “[...] não se pode prescindir da inclusão e da atenção ao direito à segurança pública”, em face da grande relevância para o convívio em sociedade.

Estabelecida a premissa maior, de que o direito à segurança se enquadra no contexto dos direitos fundamentais, necessário se torna estabelecer como a CF disciplinou as atribuições das instituições que representam o Estado no mister da segurança pública.

2. INSTITUIÇÕES QUE COMPÕEM A MACRO SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA E O DIREITO COMPARADO

O artigo 144 da CF estipula que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos [...]” (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, as polícias rodoviária federal, ferroviária federal e as militares possuem atuação ostensiva e visam prevenir a prática de infrações, nos âmbitos de suas respectivas atuações, além de garantir a ordem pública. Apesar de formação militar, os corpos de bombeiros exercem atividade de defesa civil.

Quando, por algum motivo, a polícia preventiva não consegue evitar a prática da infração penal, entra em cena as polícias Federal e Cíveis, com a missão de apurar o crime e sua autoria, com todas as suas circunstâncias. Trata-se, portanto, do braço repressivo do Estado, com atuação no âmbito de persecução criminal preliminar ou investigativa.

No âmbito do Distrito Federal e dos Estados, as Polícias Cíveis e as Militares estão inseridas no âmbito da Secretaria da Segurança Pública. A Polícia Civil comandada pelo Delegado Geral de Polícia e a Polícia Militar pelo Comandante Geral, ambos escolhidos enquanto cargo de confiança pelo Secretário de Segurança Pública, com o aval do Governador.

Essa característica fez Furlaneto Neto e Santos (2011, p. 214) distinguirem Polícia do Governo de Polícia do Estado. Para os autores, “a Polícia do Estado é marcada por garantias institucionais e individuais. Sob a vertente institucional, com a concretização de princípios como a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.” a Polícia do Governo é pontuada pela escolha política dos gestores da instituição policial, que acabam por seguir a política de segurança imposta pela Secretaria de Segurança Pública.

Logo, a política de segurança pública é imposta pelo Secretário de Segurança Pública, o qual age a mando do Governador. Enquanto corolário dessa assertiva, editou-se no Estado de São Paulo a Lei Complementar

nº 1.245/2014 (SÃO PAULO, 2014), que instituiu a bonificação por resultados, estabelecendo enquanto um dos critérios para a sua concessão o “alinhamento com os objetivos estratégicos da Secretaria da Segurança Pública”. Assim, tem-se priorizado a prevenção e repressão a crimes contra o patrimônio, em cujo contexto se inserem furtos e roubos, como também os furtos e roubos de veículos, bem como o crime de homicídio, dentro do âmbito dos crimes contra a vida.

Ocorre que a política de segurança pública no Estado de São Paulo, nos últimos anos, tem priorizado a prevenção em face da repressão criminal, não obstante esta última contribuir para a diminuição da incidência criminal quando feita de forma eficiente. Nesse sentido, a título de exemplo, a Resolução SSP nº 496, de 28 de dezembro de 2006 (SÃO PAULO, 2006), que regulamenta os procedimentos a serem adotados pelas polícias em ocorrências de localização de veículos, estipula o dever de o policial localizar a vítima para providenciar a remoção imediata do veículo à unidade policial encarregada do registro da ocorrência, vedando-se a permanência do policial para o guarda do automóvel em prejuízo do policiamento.

Prioriza-se a célere retirada do veículo da cena do crime e a pronta liberação do policial para retornar as atividades de policiamento, em especial o ostensivo, em prejuízo do que dispõe o artigo 158 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP) e a Resolução SSP nº 382, de 1º de setembro de 1999, aquele estipulando que os crimes que deixam vestígios devem ser alvo de prova pericial, enquanto esta regulamentando a preservação do local do crime e os vestígios deixados pela infração (BRASIL, 2018; SÃO PAULO, 2010).

A razão de ser da medida remonta ao aumento da criminalidade e a diminuição de material humano, uma vez que tanto a polícia preventiva quanto a ostensiva, nos últimos anos, passaram a apresentar déficit de policiais em seus quadros, cujos cargos não foram totalmente supridos pelo Estado.

Assim, medidas paliativas passaram a ser adotadas, tais como a prevista na Resolução SSP nº 496/2006 (SÃO PAULO, 2006), visando

adequar o atendimento das ocorrências às novas especificidades diante da realidade estrutural das polícias.

Outras medidas isoladas são adotadas em outros Estados que vivenciam a mesma realidade. A título de exemplo, no Estado do Paraná implementou-se o Boletim de Ocorrência Unificado, em que tanto o policial civil quanto o militar podem elaborá-lo (ZANIN, 2011).

No Estado de São Paulo, a partir de 2011, expande-se os serviços da Delegacia Eletrônica para os postos da Polícia Militar, possibilitando o registro do Boletim de Ocorrência eletrônico de naturezas específicas (PM VAI, 2011).

Ainda que não se esgote as medidas adotadas pelas Secretarias de Segurança Pública no afã de tentar resolver o problema da eficiência da segurança pública, observa-se aspecto comum em todas elas: atribuiu-se a uma das polícias a tarefa que seria de outra. Sim, pois a rigor, a preservação de local de crime deve contar com as duas polícias atuantes: a militar, isolando a cena do crime e garantindo a ordem pública do lado externo, e a polícia civil, garantindo que os vestígios sejam inalterados até que se conclua os exames periciais que o Delegado de Polícia requisita, para depois de o local ser liberado pelos peritos, reexaminá-lo em busca de novos subsídios para a investigação.

Ao determinar que aquele que primeiro chegar ao local do crime, independentemente de ser policial civil ou militar, terá a incumbência de preservá-lo, conforme estipula a Resolução SSP/SP nº 382/1999, desrespeita-se a essência da atuação das polícias, o que pode contribuir para a ineficiência da atividade investigativa (SÃO PAULO, 1999).

Atualmente, no Estado de São Paulo, em face do atendimento de uma ocorrência policial que demande a atuação das policiais civil e militar, esta elaborará Boletim de Ocorrência Militar (BO/PM) e a polícia civil elaborará o RDO. Isso demanda tempo no atendimento da ocorrência e maior gasto do erário, o que fatalmente prejudicará as atividades fins de ambas as polícias.

Ademais, situadas em prédios diferentes, com comandos e hierarquias diferentes, inviabiliza-se o trabalho conjunto e uma resposta mais efetiva à sociedade. O modelo mostra-se totalmente ultrapassado.

A mudança é inevitável. Como enfatiza Foucault (2011, p. 47):

É por transformações sucessivas, que nos interroga hoje, questiona nossos desejos e sonhos, inquieta-se com nossas noites, persegue os segredos e traça fronteiras, designa os anormais, promove purificações e assegura as funções da ordem.

A mudança faz parte da nossa sociedade desde sempre. Mudar parece ser estranho e difícil no início, mas no futuro quem era dito como louco é visto como visionário:

Há na nossa sociedade outro princípio de exclusão: não mais a interdição, mas uma separação e uma rejeição. Penso na oposição, razão e loucura. Desde a alta Idade Média, o louco é aquele cujo discurso, não pode circular como os dos outros; pode ocorrer que sua palavra seja considerada nula e não seja acolhida, não tendo verdade nem importância, não podendo testemunhar na justiça, não podendo autenticar um ato ou um contrato, não podendo nem mesmo, no sacrifício da missa, permitir a transubstanciação e fazer do pão um corpo [...] É curioso constatar que durante séculos na Europa a palavra do louco não era ouvida [...] (FOUCAULT, 2009, p. 2-3).

O discurso sobre a mudança na segurança pública é viável e essencial para a sociedade brasileira.

Dentro do contexto dos estudos para subsidiar propostas de unificação das polícias, a Comissão Especial fez missões oficiais na Alemanha, Itália, França, Áustria, Estados Unidos, Canadá, Chile e Colômbia.

A estrutura da Segurança Pública Alemã é composta por quatro polícias no âmbito federal: a Polícia Federal (*Bundespolizei*), a Polícia Criminal (*Bundeskriminalamt – BKA*), bem como as polícias fiscal e legislativa. Em que a independência para legislar sobre segurança pública, observa-se que os 16 Estados que compõem a Alemanha optaram pela adoção do sistema

de Polícia de Ciclo Completo: uma única polícia, desmilitarizada, com um segmento ostensivo e outro investigativo. Após a formação do policial na Academia de Polícia, que tem nível superior, o policial pode ser alocado tanto em um segmento quanto em outro, podendo haver a mudança de segmentação no transcurso da carreira (COMISSÃO, 2016a).

O modelo policial italiano é composto por três polícias: Polícia do Estado, Arma dos Carabineiros e Guarda de Finanças. A Polícia do Estado possui estatuto civil, disciplina militar e atua em ciclo completo (COMISSÃO, 2016b).

A França é composta por duas polícias: a Polícia Nacional e a Gendarmaria. Aquela atende ocorrências em cidades compostas por mais de 20 mil habitantes, enquanto esta atende em cidades que contam com menos de 20 mil habitantes. Assim, cada uma delas atende 50% da população que habita o país. A Polícia Nacional tem estatuto civil e estética militar, enquanto a Gendarmaria ostenta formação militar. Ambos atuam no contexto do ciclo completo (COMISSÃO, 2016b).

O modelo americano é descentralizado, de forma que há polícias próprias no âmbito federal, estadual, municípios e condados. A Polícia de Nova Iorque possui estatuto civil e estética baseada na hierarquia e disciplina (COMISSÃO, 2017a).

O Canadá é composto por duas províncias: Quebec e Otawa, com características culturais diferentes. A Polícia de Otawa possui três departamentos chefiados por civis (COMISSÃO, 2017a).

A polícia é única na Áustria, mantida e controlada pelo Governo Federal, dividida em duas áreas, administrativa e policial, de ciclo completo, porém, com níveis de atuação, de acordo com a complexidade da causa: Ministério do Interior, para causas de maior complexidade; Departamento de Polícia estadual; Comando Distrital e; Delegacia de Polícia, com atribuição para causas de menor complexidade (COMISSÃO, 2017b).

O Chile é composto por duas polícias: os Carabineiros e a *Policía de Investigaciones de Chile* (PDI). A primeira de caráter militar, a princípio, tem atribuição de garantir a ordem pública, porém pode promover investigação

quando solicitada pelo Ministério Público. A segunda, de caráter civil, encarrega-se, em especial, de investigações de alta complexidade, embora possa ser instada a investigar crimes de menor complexidade (COMISSÃO, 2017c).

A Colômbia também é composta por uma única polícia, denominada de Polícia Nacional, de caráter civil e ciclo completo, porém quem comanda a investigação é o Ministério Público (COMISSÃO, 2017b).

Em todos os relatórios, observar-se que a unificação das polícias possibilita maior eficiência na cooperação e trabalhos de inteligência policial, inclusive em relação a cooperações interestaduais e internacionais, ganho com menor dispêndio do erário público, encerrando com a concorrência entre as polícias, características que permeiam e possibilitam fomentar o princípio da eficiência administrativa.

Porém, levando em conta a cultura brasileira de politização da segurança pública, possibilitando que governos promovam ações policiais que visam mais dividendos políticos do que solucionar efetivamente o problema da segurança pública, aliado ao fato de que o Brasil vive crise política, por conta dos casos de alta corrupção que assolam o escalão superior da administração pública, necessário adotar no Brasil um modelo de polícia que permita com que as instituições que compõem o sistema da macro segurança pública efetivamente possam atuar com a máxima proximidade ao princípio da eficiência administrativa.

3. POLÍCIA DE CICLO COMPLETO: PROPOSTA DE UNIFICAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR BRASILEIRA

A Polícia de Ciclo Completo é composta por dois segmentos: um preventivo e garantidor da ordem pública e outro investigativo. Permite-se, com isso, o poder para que a Polícia, através de seus representantes, possa investigar a infração desde o atendimento inicial até o encerramento da investigação. Fortalece-se, assim, a capacidade investigativa do policial, transformando-o em um pensador do processo investigativo e não somente mera ferramenta. Em outras palavras, tem-se uma polícia una, com plena atuação na prevenção e investigação criminal.

Para tanto, a proposta em debate prevê enquanto modelo para o Brasil a criação de uma Polícia de Estado, desmilitarizada, com um braço fardado, encarregado de promover, inicialmente, a prevenção criminal e a garantia da ordem pública, mas tendo atribuição para dar início e até concluir a investigação, em especial no que tange as infrações de menor lesividade, assim como um segmento investigativo, encarregado de reprimir crimes de maior lesividade e complexidade, chefiados por Delegados de Polícia de carreira, bacharéis em Direito, que passam por formação humanística nas Instituições de Ensino Superior (IES), assim como no Curso de Formação Ministrado nas Academias de Polícia e, portando, tuteladores dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, em que pese reconhecer-se a necessidade de reformulação dos projetos pedagógicos das academias de polícia, consoante apontados por Baraldi (2012) e Souza (2012).

Defende-se a carreira de agente policial, de nível superior, que poderia exercer, concomitantemente, as funções hoje desempenhadas por Investigadores e Escrivães de Polícia. O policial que colhe a prova, encarrega-se de materializá-la, sob o comando e supervisão do Delegado de Polícia. Este ingressa na carreira no segmento fardado, sendo promovido para a área investigativa, com escalonação e promoções internas, respeitados requisitos objetivos e subjetivos, admitindo-se, inclusive, o regresso de um segmento a outro, respeitada a paridade do cargo, por decisão fundamentada do Conselho da Polícia de Estado, a bem do serviço público.

Assim, ter-se-ia melhores condições de aproveitar o perfil profissional do agente policial, possibilitando que este exerça a função pública onde tenha maior qualidade/ habilidade.

Isso possibilitaria, inclusive, melhor distribuição de recursos, não só humanos, mas materiais, para o desempenho fim da atividade de prevenção e repressão criminal.

Polícia una, com um único comando e banco de dados unificado, possibilitando, assim, cooperação entre os segmentos, em especial nas atividades que envolvem técnicas de inteligência policial.

A unificação de banco de dados, que permite a centralização de informações e sua célere difusão para auxiliar tomada de decisões, a

utilização de softwares de inteligência unos, com emprego de técnicas de inteligência artificial, assim como o emprego racional do material humano e recursos materiais disponíveis gerando redução de custos operacionais na implementação de políticas de segurança pública mais eficientes. Ter-se-ia mais, com menos investimento, gerando economia para o Estado.

No entanto, nenhuma proposta irá adiante se não se garantir independência funcional, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade diferida a todos os membros da Polícia do Estado.

A eleição de lista tríplice do Delegado Geral da Polícia do Estado, com dotação orçamentária própria, ainda que com o aporte de um Fundo Nacional de Segurança, a ser criado pelo Governo Federal, o pagamento de bons salários a todos os integrantes da Polícia do Estado, com direito a aposentadoria especial, em face da insalubridade e periculosidade da atividade policial, são parâmetros a nortear a proposta de unificação da polícia civil e militar.

Lógico que a nova polícia precisa ser fiscalizada. Assim, defende-se a permanência da fiscalização interna e externa que vigora atualmente. Internamente, de forma imediata pelo superior hierárquico do funcionário e pela Corregedoria Geral da Polícia, assim como externamente pelo Ministério Público e Poder Judiciário. O advogado tem papel importante nesse processo, na medida em que, no ato de assistência ao investigado, pode exercer o direito de petição contra abusos e desvios de poder.

CONCLUSÃO

A proposta condensada não tem o condão de esgotar o assunto. Lança-se linhas gerais de um projeto de Emenda Constitucional de unificação da polícia civil e militar brasileira, com a intenção de chamar a atenção da comunidade científica para o amplo debate de tema que se reputa tão relevante.

Acredita-se que o modelo de estruturação da segurança pública brasileira está ultrapassado em face das realidades sociais contemporâneas, exigindo-se, portanto, delimitar novos paradigmas.

Reconhece-se, no entanto, que a divisão entre Polícia Civil e Militar perdura no Brasil há mais de um século, de forma a existir interesses corporativos, de ambas instituições, contrários a unificação.

No entanto, as linhas gerais aqui apresentadas podem ser parâmetros para endossar, ao menos, a modificação de panorama da polícia investigativa. Ainda que se defenda a manutenção da separação da polícia civil e militar, acredita-se que a polícia investigativa deva ter contornos de Polícia do Estado e não Polícia do Governo.

Neste aspecto, o suporte de dotação orçamentária própria, a eleição de lista tríplice do Delegado Geral da Polícia do Estado, garantias institucionais de independência funcional ao Delegado de Polícia do Estado, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade diferida a todos os integrantes da instituição, salários dignos, aposentadoria especial, bem como atribuição para investigar crimes de maior lesividade, parecem parâmetros ideais para atender os anseios sociais contemporâneos e viabilizar que o Estado possa caminhar, de fato, em direção à concretização do direito fundamental à segurança.

REFERÊNCIAS

BARALDI, Tereza Cristina Albieri. *A formação técnico-profissional do Delegado de Polícia de São Paulo*. 2012. 193f. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Filosofia e Ciências, Marília, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 01 maio 2018.

COMISSÃO ESPECIAL DE UNIFICAÇÃO DE POLÍTICAS CIVIS E MILITARES. *Missão Oficial à Alemanha*. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2016a. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/unificacao-das-policias-civil-e-militar/documentos/outros-documentos/RelatorioMisso_Oficial_Alemanha.pdf. Acesso em: 01 maio 2018.

COMISSÃO ESPECIAL DE UNIFICAÇÃO DE POLÍTICAS CIVIS E MILITARES. *Missão Oficial à Itália e França*. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2016b. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/unificacao-das-policias-civil-e-militar/documentos/outros-documentos/relatorio-missao-oficial-italia-e-franca>. Acesso em: 01 maio 2018.

COMISSÃO ESPECIAL DE UNIFICAÇÃO DE POLÍTICAS CIVIS E MILITARES. *Missão Oficial ao EUA e Canadá*. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2017a. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/unificacao-das-policias-civil-e-militar/documentos/outros-documentos/Misso_Oficial_EUA_CAN.pdf. Acesso em: 01 maio 2018.

COMISSÃO ESPECIAL DE UNIFICAÇÃO DE POLÍTICAS CIVIS E MILITARES. *Missão Oficial à Áustria*. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2017b. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/unificacao-das-policias-civil-e-militar/documentos/outros-documentos/Misso_Oficial_Austria.pdf. Acesso em: 01 maio 2018.

COMISSÃO ESPECIAL DE UNIFICAÇÃO DE POLÍTICAS CIVIS E MILITARES. *Missão Oficial ao Chile e Colômbia*. Brasília, DF: Câmara Legislativa, 2017c. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/unificacao-das-policias-civil-e-militar/documentos/outros-documentos/Misso_Oficial_CH_COL.pdf. Acesso em: 01 maio 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 234.

ESSADO, Tiago Cintra. *A perda de bens e novo paradigma para o processo penal brasileiro*. 2014. 225f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Do Governo dos vivos. Curso no Collège de France, 1979-1980*. 2. ed. São Paulo; Rio de Janeiro: Achiamé, 2011. 186p.

FOUCAULT, Michel. *L'Ordredudiscours, Leçoninaugurale ao Collège de France prononcéele 2 décembre 1970*. Tradução de Edmundo Cordeiro e António Bento, 2009. p. 2-3. Disponível em: http://www2.eca.usp.br/Ciencias.Linguagem/Foucault_OrdemDoDiscurso.pdf. Acesso em: 02 maio 2018.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Polícia do Estado: a segurança enquanto direito social. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Orgs.). *Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Biriçui: Boreal, 2011. p. 203-216.

PM VAI registrar boletins de ocorrência em SP. Disponível em: <http://noticias.r7.com/sao-paulo/noticias/policia-militar-vai-registrar-boletins-de-ocorrencia-em-sp-20110131.html>. Acesso em: 02 maio 2018.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime*. São Paulo: RT, 2004, p. 184.

SÃO PAULO. *Lei Complementar nº 1.245/2014. Institui a Bonificação por resultados - BR aos integrantes das Polícias Civil, Técnico-Científica e Militar, e dá providências correlatas.* Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2014/lei.complementar-1245-27.06.2014.html>. Acesso em: 01 maio 2018.

SÃO PAULO. *Resolução SSP nº 496, de 28 dez. 2006. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados em ocorrências de veículo localizado.* Acesso em https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/2006/executivo%2520secao%2520i/dezembro/30/pag_0044_4D7TVPVDRSIJPe3PICGA26ARM7H.pdf&pagina=44&data=30/12/2006&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100442018b. Acesso em: 01 maio 2018.

SÃO PAULO. *Resolução SSP nº 382, de 1º set. 1999. Dispõe sobre diretrizes a serem seguidas no atendimento de locais de crime.* In: QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de (org.). *VadeMecum Policial*. São Paulo: Iglu, 2010, p. 475.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 935.

SOUZA, Adilson Paes. *A educação em direitos humanos na polícia militar*. 2012. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2012.

VILARDI, Rodrigo Garcia. *Redução da insegurança pública: política pública de segurança ou política de segurança pública*. 2010. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2010.

ZANIN, Flávio Ernesto Gaya. *A organização da informação policial no âmbito da segurança pública do estado do Paraná: em foco o boletim de ocorrência unificado*. 2011. 897p. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) - Universidade Estadual de Londrina, 2011.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 out. 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 01 maio 2018.

A IMPOSSIBILIDADE DE ELIMINAÇÃO DOS CONFLITOS PELO DIREITO

*Mário Lúcio Garcez Calil*¹

*Daniele Silva Lamblém Tavares*²

INTRODUÇÃO

As discussões acerca dos métodos de resolução extrajudicial e consensual das demandas judiciais relacionam-se à necessidade de desafogar a máquina judiciária, superlotada de processos, todavia, por meio da eliminação dos conflitos.

Para que se possa entender os conflitos, a impossibilidade de sua eliminação, as formas mediante as quais afetam a sociedade, a cultura de litigiosidade que caracteriza a administração da Justiça no Brasil e

¹ Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília (Bolsista PNPd-CAPES). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-líder do grupo de pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. E-mail: .mario.calil@yahoo.com.br.

² Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Especialista em Direito Processual pelas Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Professora colaboradora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba. Advogada do Município de Paranaíba-MS. E-mail: daniele@lamblem.com.

as possibilidades de sua modificação, faz-se necessário compreender os principais aspectos do conceito de “conflito”.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho foi o estudo do conceito de conflito no que concerne aos seus principais aspectos, sem, contudo, adentrar a questão axiológica da problemática, de modo a que fosse possível cooperar com as discussões jurídicas acerca dos métodos alternativos de resolução.

Utilizou-se a pesquisa bibliográfica, porém, com uma abordagem multidisciplinar, a partir de referenciais voltados à psicologia, à sociologia, à política e ao direito. A escrita deu-se por meio do procedimento dedutivo.

A estrutura do trabalho compreendeu a exposição da matéria em cinco tópicos. No primeiro, foi tratada a necessidade da formulação e do estudo de uma “teoria dos conflitos”. No segundo, trabalhou-se a inerência do conflito à psique humana. No terceiro, foi estudada a necessidade da existência do conflito no campo social. No quanto, foi trabalhada a necessidade do conflito para a existência da democracia. Por último, estudou-se a o processo de “demonização” do conflito pelo direito.

A pesquisa é justificável, em decorrência da crescente judicialização dos conflitos. Concluiu-se que a discussão acerca da lógica dos conflitos pode desencadear propostas mais efetivas para que a sociedade reaprenda a lidar com as divergências, de modo a que os envolvidos possam ser colocados em uma posição de “corresponsabilidade colaborativa”, voltada à construção de soluções eficazes que, todavia, não visem à sua impossível eliminação.

1. A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DOS CONFLITOS

O estudo do conceito de “conflito”, despido do viés axiológico, demonstra-se essencial para o entendimento de sua funcionalidade no campo social, bem como é capaz de demonstrar a desnecessidade e, até mesmo, a impossibilidade de sua eliminação.

Aquilo que se considera natural, inevitável, bom ou verdadeiro pode não o ser. O que se toma como “dado” é fortemente influenciado por forças

históricas e sociais. É essencial compreender as maneiras sutis, complexas e profundas, pelas quais as existências individuais refletem os contextos da experiência social (GIDDENS, 2007, p. 2).

Nesse sentido, é por meio da compreensão do relacionamento causal entre os acontecimentos, que é possível prever o modo como se darão futuros acontecimentos (GIDDENS, 2007, p. 6).

Assim, “conflito” é, meramente, um conceito, um fenômeno passível de ser definido por várias áreas do conhecimento, uma ideia que se refere, simplesmente, ao estado que resulta da divergência entre indivíduos quanto a ideias, argumentos, opiniões relacionadas a determinado assunto, sendo que as visões apresentadas por eles se mostram reciprocamente incompatíveis.

Sobre a axiologia do conflito, há, porém divergências entre os teóricos. Há quem o considere uma patologia social, carente de repressão, como Spencer, Durkheim, Pareto, Talcott e Parsons. Já Marx, Mill, Simmel, Dahrendorf e Touraine, *v.g.*, defendem que é parte integrante da vida em sociedade, de vital importância para avanços e mudanças (GHISLENI, 2011, p. 41).

O conflito é inerente ao campo social, inevitável no contexto da convivência em sociedade, o que confirma sua inevitabilidade e a afirmação de que é um mero conceito. Não é algo “bom” ou “ruim”, mas, sim, ao menos inicialmente, axiologicamente neutro.

Até porque a experiência social não é homogênea ou unívoca, nem dispõe o indivíduo a apenas um tipo de conduta; é, sim, naturalmente contraditória e conflituosa (BLEGHER, 1984, p. 129).

A “dinâmica conflitiva” demonstra que o conflito pode ser tanto positivo quanto negativo. A valoração de suas consequências dar-se-á pela legitimidade das causas que se pretende defender (SIMMEL, 1983, p. 124).

Nesse diapasão, faz-se necessário desconstruir os conceitos e culturas equivocadas relacionadas aos conflitos, de modo a que seja possível entender

a lógica das controvérsias sociais, uma vez que, corretamente tratadas, em muito contribuem para a evolução da sociedade.

Diversos avanços essenciais, nas mais diversas áreas do conhecimento, originaram-se do conflito de ideias, posicionamentos e perspectivas sobre determinado tema. Assim, é possível afirmar que “[...] o conflito é a mola propulsora para a evolução da sociedade” (WÜST, 2014, p. 19).

É sob essa ótica que devem ser tratados os conflitos. Por meio dela faz-se possível entender sua função social: o avanço das relações sociais e o crescimento do indivíduo enquanto pessoa.

Nesse sentido é que a teoria do conflito originou uma nova discussão acerca dos próprios fundamentos da ordem social, pois pretende questionar, novamente, a visão estrutural-funcionalista dominante, que se volta a justificar (mais ou menos ideologicamente) “[...] um sistema social atravessado pelo poder e que pretende funcionar unicamente pelo consenso” (BIRNBAUM, 1995, p. 249).

Diante disso, não se deveria investigar as formas de eliminação do conflito, mas, sim, indagar quais os objetivos e desejos das pessoas envolvidas. Esse questionamento demanda, todavia, a compreensão do conflito como fato psicológico, social, político e jurídico.

2. A INERÊNCIA DO CONFLITO À PSIQUE HUMANA

A natureza biopsicológica individual nasce com cada ser humano, trazendo signos hereditários e determinando características fisiológicas, psíquicas e de temperamento.

Ocorre que o comportamento animal resulta da combinação do comportamento biopsíquico, reduzido ao mínimo pela educação dos pais, do comportamento que resulta da experiência individual e do comportamento aprendido com outros indivíduos, decorrente da transmissão de hábitos de uma geração a outra, consistente na natureza social (LINTON, 1981, p. 80-83).

Em sua vertente biopsicológica, o conflito demonstra ser algo inerente ao homem, incrustado que se encontra na própria psique humana, o que corrobora a sua inevitabilidade e a impossibilidade ser extirpado da sociedade.

Mais do que isso, o que normalmente se nomeia “conflito de desejos” tem características análogas ao “conflito entre crenças”, pois o choque entre os desejos surge a partir de questões contingentes de fato (WILLIAMS, 1976, p. 167).

Em um conflito, é impossível que ambos desejos sejam satisfeitos, somente sendo possível imaginar um “estado de coisas” no qual as partes poderiam se conformar. Os ressentimentos resultantes dos conflitos, porém, são experiências motivacionais que ditam o curso de ação que se deve tomar (WILLIAMS, 1976, p. 174).

Assim, o comportamento aprendido é complementado, ou mesmo aperfeiçoado, pelas experiências individuais, de modo diretamente proporcional à uma série de variantes e condições mutáveis do ambiente em que o homem se encontra inserido.

Nesse contexto é que se encontra a mágoa, o remorso, o arrependimento e o próprio conflito, o que corrobora a afirmação acerca da impossibilidade de sua eliminação do convívio em sociedade.

3. A NECESSIDADE DO CONFLITO NO CAMPO SOCIAL

A natureza social, por sua vez, é incorporada ao homem por intermédio da convivência com o grupo social ao qual pertence e ao qual vai, progressivamente, se integrando, durante o processo denominado “socialização”, que consiste em assimilar conceitos, crenças, ideias, valores e comportamentos.

Trata-se de algo como uma “luta”, da qual o indivíduo tem consciência, e na qual está emocionalmente envolvido. O conflito, nesse contexto, porém, é intermitente (TORRE, 1976, p. 81).

Por isso é que as sociedades desenvolvem procedimentos para eliminá-los, que podem ser de: adaptação, acomodação, assimilação, aculturação e socialização. O processo de “adaptação” consiste em um ajustamento, por meio do qual um organismo reage às mudanças do meio social (TORRE, 1976, p. 87).

Na “acomodação”, o ajustamento ocorre de maneira exterior e formal, e resulta em uma nova ordem social, novas relações e novos *status*. As divergências, contudo, não desaparecem, e o conflito se torna “latente”, pois as modificações ocorrem somente em relação a aspectos secundários (TORRE, 1976, p. 88).

São formas de “acomodação”: dominação e subordinação, na qual o conflito termina com a vitória de um dos antagonistas; compromisso, no qual as partes fazem concessões mútuas; tolerância, que não soluciona suas divergências entre os antagonistas, mas faz com que passem a coexistir sem conflito; e conciliação, que produz a mudança de sentimentos entre os antagonistas, que esquecem ou desculpam suas divergências (TORRE, 1976, p. 90).

Na “assimilação”, grupos ou indivíduos divergentes tornam-se semelhantes, pois suas atitudes, sentimentos e pensamentos se fundem. Como em uma “mistura de substâncias”, a assimilação resulta em um “novo composto químico”, feito de diferentes substâncias (TORRE, 1976, p. 91).

“Assimilação” e “aculturação” são fases do mesmo processo, que ocorrem de maneira simultânea e correlata, a partir dos contatos entre grupos, que transformam as configurações culturais, por meio da fusão de duas ou mais culturas, dando origem a uma nova (TORRE, 1976, p. 95).

A “socialização” envolve a “homogeneização” e a “diferenciação”, que são dois processos aparentemente antagônicos, porém, complementares: na “homogeneização”, os indivíduos recebem influências comuns, porém, de maneiras diferentes entre si; a “socialização” cria laços de solidariedade e unidade social entre os indivíduos, produzindo uma “consciência grupal” que aumenta a cooperação, prevenindo ou “acomodando” os conflitos (TORRE, 1976, p. 97).

O denominador comum em relação aos processos de contenção dos conflitos é a admissão de que a sua eliminação é impossível, por ser inerente à vida em sociedade, em decorrência das diferenças entre os seres humanos.

O crescimento da diversidade social resulta do conflito e dele depende para sua continuidade. A sociedade depende das influências recebidas do meio no qual se relacionam os homens.

4. A DEMONIZAÇÃO DO CONFLITO PELO DIREITO

A personalidade do indivíduo é desenvolvida pela influência de sua herança biopsíquica e de sua herança social. Essa confluência produz seres singulares, o que enriquece o campo social por meio da heterogeneidade social, que pode gerar antagonismos e, conseqüentemente, a instabilidade, o rompimento de vínculos, e outras modificações nas relações sociais, decorrentes dos conflitos. Nesse sentido, o conflito é indispensável à democracia.

O problema das “preferências adaptativas” é empurrar grupos despossuídos para “consensos” que deveriam ser inaceitáveis. Colocam-se as desigualdades materiais “entre parênteses”, para não se comprometer a efetivação da igualdade jurídico-política (MIGUEL, 2014, p. 67).

Negligencia-se, com isso, o caráter conflitivo da política, valorizando-se o consenso, o que revela o irrealismo das teorias deliberativas: política continua é a expressão dos conflitos de interesse (MIGUEL, 2014, p. 67).

As especificidades de cada indivíduo produzem as demandas e a agregação em grupos sociais. Essas resultarão nas discussões a serem travadas na esfera pública. Os antagonismos, além de inevitáveis, são indispensáveis para o jogo democrático.

A democracia “agonística” depende da aceitação de que o conflito e a divisão são inerentes à política, e que não há lugar para a reconciliação por meio da plena realização da unidade (MOUFFE, 2000, p. 15).

A democracia pluralista é, assim, paradoxal: não pode ser “perfeitamente instanciada”, pois o conflito é sua condição de possibilidade,

ao mesmo tempo em que é condição de impossibilidade de sua perfeita implementação (MOUFFE, 2000, p. 16).

Dado que o pluralismo não pode ser erradicado do valor, é impossível a resolução racional do conflito (MOUFFE, 2000, p. 22).

Daí a sua dimensão antagônica, o que não significa que os adversários não possam concordar, o que não produz a conclusão de que o antagonismo tenha sido erradicado: “[...] aceitar a visão do adversário é sofrer uma mudança radical na identidade política” (MOUFFE, 2000, p. 34).

A cidadania democrática pode assumir diversas formas. Isso faz com que surjam conflitos. Os diferentes entendimentos não podem coexistir sem lutas que não ocorrerão, porém, entre “inimigos”, mas, sim, entre “adversários”, que reconhecem, reciprocamente, a legitimidade de suas posições (MOUFFE, 2000, p. 74).

Nesse modo, em uma democracia “agonística”, o consenso não pode ser “artificial”, mas, necessariamente, resultante do conflito entre indivíduos, grupos e seus representantes, de forma que sua eliminação comprometeria, irremediavelmente, os mecanismos democráticos.

5. A DEMONIZAÇÃO DO CONFLITO PELO DIREITO

Desenvolveu-se, na sociedade moderna, a cultura segundo a qual importa somente a observância da letra fria da lei, da aplicação do “direito” dos indivíduos, de modo a que seja possível afirmar quem tem razão acerca da controvérsia. Nesse contexto, diversos mecanismos voltados à contenção e à eliminação do conflito vêm surgindo nas últimas décadas.

Ocorre que a capacidade de se desenvolver soluções autocompositivas decorre da aceitação da inevitabilidade do conflito, cuja demonização resulta em confronto e violência (VASCONCELOS, 2008, p. 19).

No contexto jurídico-processual, deixa-se analisar as reais intenções dos demandantes, muitas vezes sequer estampadas nas petições ou nas provas, de modo que o direito, aplicado por meio do Estado-Juiz, torna-se

um fim em si mesmo, no qual a resolução forçada do conflito transformasse no único objetivo do processo judicial.

Na perspectiva de demonização do conflito, os juristas definem o conflito como litígio a ser evitado, reduzindo-o a questões normativas e predominantemente patrimoniais (WARAT, 2000, p. 9).

A alteridade como a “outridade”, todavia, possibilita transformar o conflito, produzindo a diferença com o outro, afetando seus sentimentos, desejos e o lado “inconsciente” do conflito, sem preocupação de ajustar a concordância às disposições legislativas (WARAT, 2000, p. 10).

Até porque o ritual processual não é capaz de encerrar os conflitos, pois, ao contrário do que se espera, o sistema “ganha/perde” é capaz de enfatizar o conflito e torna-lo latente, de modo que, a qualquer momento, pode eclodir em um novo litígio.

Desse modo, faz-se necessário olhar, verdadeiramente, para os sentimentos dos envolvidos acerca do conflito, de modo a trazê-los a uma posição de “corresponsabilidade colaborativa”, pois, juntos, poderão construir uma solução viável, que satisfaça o interesse de todas as partes (GAGLIETTI, 2013, p. 176).

A abordagem institucional do conflito deve ambicionar um sistema no qual o Judiciário atue como “articulador”, e que leve em conta a complexidade das relações que envolvem as partes, “[...] no sentido da dimensão cidadã e humana da justiça” (GAGLIETTI, 2013, p. 176).

Nesse sentido, os sujeitos processuais devem se preocupar, no contexto de um litígio, com as pessoas envolvidas. A finalidade dos procedimentos de resolução de conflitos deve ser restaurar as relações e os vínculos entre os indivíduos, por meio de sua observação sensível, compassiva e humana, voltada a enxergar o que se encontra por trás do “direito pleiteado”.

CONCLUSÃO

Estudar o conceito de “conflito” é essencial para entender sua funcionalidade e demonstrar a impossibilidade de sua eliminação. Trata-

se de um mero conceito, definível por várias áreas do conhecimento, referindo-se ao resultado das divergências entre indivíduos. Não é algo “bom” ou “ruim”, de modo que é necessário desconstruir conceitos e culturas equivocadas, relacionadas ao conceito.

Assim, não se deveria investigar as formas de eliminação do conflito, mas, sim, indagar os objetivos e desejos das pessoas envolvidas, o que demanda a compreensão do conflito como fato psicológico, social, político e jurídico.

Em sua vertente biopsicológica, o conflito é algo inerente ao homem, incrustado na psique humana, o que corrobora a impossibilidade de ser extirpado. O comportamento aprendido é complementado pelas experiências individuais, inclusive, pela mágoa, pelo remorso, pelo arrependimento e pelo próprio conflito.

O denominador comum entre os processos de contenção dos conflitos é o fato de que sua eliminação é impossível. O crescimento da diversidade social depende do conflito. A confluência entre a psique humana e a interação social produz seres singulares, que podem adentrar antagonismos, o que demonstra que o conflito é indispensável à própria democracia.

As especificidades individuais produzem demandas que resultarão nas discussões travadas na esfera pública, de modo que os antagonismos são indispensáveis para o jogo democrático. Em uma democracia “agonística”, o consenso não pode ser “artificial”, pois deve resultar do conflito entre indivíduos, grupos e seus representantes.

Desenvolveu-se, na sociedade moderna, a cultura segundo a qual importa somente a observância da letra fria da lei, da aplicação do “direito” dos indivíduos, de modo a que seja possível afirmar quem tem razão acerca da controvérsia. Nesse contexto, diversos mecanismos voltados à contenção e à eliminação do conflito vêm surgindo nas últimas décadas.

No contexto processual, deixa-se analisar as intenções dos demandantes, de forma que o direito acaba por se tornar um fim em si

mesmo, no qual a resolução do conflito se torna o objetivo principal do procedimento.

Ocorre que o ritual jurídico-processual não encerra os conflitos, pois o processo contencioso enfatiza o conflito, tornando-o latente, o que faz com que possa resultar em nova contenda.

Para evitar essa situação, os sujeitos processuais devem se preocupar, especialmente, com as pessoas envolvidas, de modo que sua finalidade deve ser a restauração das relações e dos vínculos transindividuais, por meio da percepção das reais demandas dos litigantes.

REFERÊNCIAS

- BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond. (org.). *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, p. 247-282.
- BLEGHER, José. *Psicologia da conduta*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1984.
- GAGLIETTI, Mauro. Mediação de conflitos como cultura da ecologia política. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (org.). *Acesso à justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 167-202.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- GHISLENI, Ana Carolina. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- LINTON, Ralph. *O homem: uma introdução à antropologia*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.
- MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo: UNESP, 2014.
- MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. New York: Verso, 2000.
- SIMMEL, Georg. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.
- TORRE, Mario Benedita Della. *O homem e a sociedade: uma introdução à sociologia*. 5. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1976.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.
- WARAT, Luis Alberto. Mediación: el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. *Scientia Juris*, v. 4, p. 03-18, 2000.
- WILLIAMS, Bernard. *Problems of the Self*. New York: Cambridge University Press, 1976.

WÜST, Caroline. *Mediação comunitária e acesso à justiça: as duas faces da metamorfose social*. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2014.

BIBLIOGRAFIA

BOUDON, Raymond. (org.). *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. *Acesso à justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO DISPENSADO À LOUCURA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

*Eliane Cristina Rezende Pereira*¹

*Sérgio Leandro Carmo Dobarro*²

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos estão totalmente associados à questão da loucura e o seu tratamento aqui no Brasil, principalmente a partir do século XIX e durante todo o decorrer do século XX. Durante esse período, a dignidade desses pacientes, enquanto pessoas humanas foram totalmente desrespeitadas. O aspecto da dignidade da pessoa humana será discutido por intermédio de uma análise histórica da assistência a loucura aqui no

¹ Graduada em História pela Faculdade Auxilium de Ciências e Letras de Lins, Especialista em História do Brasil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Ciências Humanas e suas Tecnologias: Cidadania e Cultura pela Universidade Estadual de Campinas, Especialização em História para Professores do Ensino Fundamental II e do Ensino Médio pela Universidade Estadual de Campinas. Acadêmica do 8º Semestre do Curso de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – Campus Lins. Email: duda4@terra.com.br.

² Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, possui graduação em Administração e Especialização em Administração de Marketing e Recursos Humanos, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Professor Universitário, autor do livro: A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e o reflexo na pessoa física e jurídica. Email: professorsergioleandro@gmail.com

Brasil, que está diretamente ligada à violação dos Direitos Humanos, onde a dignidade da pessoa humana foi ignorada em nome do que se chamava progresso, principalmente a partir da segunda metade do século XIX e durante o decorrer de boa parte do século XX, em nome do progresso da ciência e da implantação de novas políticas públicas pelos órgãos governamentais.

O Brasil sempre foi signatário das discussões e assinou declarações e pactos referentes aos Direitos Humanos em um âmbito internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica e resoluções que protegem e amparam deficientes e doentes mentais, porém os doentes mentais brasileiros ficaram por décadas sem possuir nenhuma dignidade, sem proteção, sem ter a quem pedir socorro, pois em caso de rebelarem-se eram punidos de formas cruéis, como por exemplo, os famigerados choques elétricos e as cirurgias de lobotomia.

As experiências cruéis que foram realizadas com esses seres humanos precisam ser analisadas constantemente, seja na atualidade ou em períodos anteriores da História do Brasil e da humanidade.

Diante desse contexto do estudo da loucura, dos doentes mentais aqui no Brasil, é preciso que façamos uma análise das instituições que foram chamadas de Hospícios, Hospitais Colônias ou Manicômios que se alastraram pelo Brasil, principalmente a partir da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX. Durante esse período, tivemos a criação dos maiores hospícios do Brasil, onde os pacientes sofreram toda sorte de violações a dignidade da pessoa humana.

O Estado brasileiro precisa arcar com a sua omissão em relação a essas pessoas durante décadas, onde ocorreu a violação dos Direitos Humanos, essas pessoas precisam ter de volta a sua dignidade que foi usurpada pelos órgãos responsáveis pela saúde ligados aos órgãos governamentais.

Este trabalho tem sua relevância ligada ao fato de que o Brasil sempre pautou internacionalmente e internamente pela promoção dos Direitos Humanos, porém através da análise do funcionamento das instituições para o tratamento de doentes mentais, podemos perceber as violações ocorridas em relação a tudo que diz respeito aos Direitos Humanos.

2. UM HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA À LOUCURA NO BRASIL

O Estado brasileiro só passa a preocupar-se com a loucura no Brasil, no início do século XIX, quando temos a transferência da corte portuguesa para o Brasil no ano de 1808, sendo que durante os trezentos anos, a loucura foi ignorada. Os loucos, com a chegada da família real, passaram a ser vistos como um perigo para a sociedade e também uma ameaça para a ordem pública. Os loucos a partir de agora não poderiam mais continuar andando livremente pelas ruas, principalmente os loucos que eram pobres, que antes mendigavam pelas ruas, eram abrigados em casas de correções e se dirigiam para albergues ou asilos de mendigos. A partir da transferência da corte, o destino dessas pessoas passou a ser os porões das Santas Casas de Misericórdia, onde o tratamento dispensado era ficar na maioria das vezes amarrados, subnutridos e em péssimas condições de higiene. De acordo com Amarante (1994, p. 74):

A loucura só vem a ser objeto de intervenção específica por parte do Estado a partir da chegada da família real no início do século passado. As mudanças sociais e econômicas, no período que se segue, exigem medidas eficientes de controle social, sem as quais torna-se impossível ordenar o crescimento das cidades e das populações. Convocada a participar dessa empresa de reordenamento do espaço urbano, a medicina termina por desenhar o projeto do qual emerge a psiquiatria brasileira.

No ano de 1830, uma comissão recém-criada, a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, procura realizar um diagnóstico da questão da loucura na cidade do Rio de Janeiro, a capital da Corte brasileira. Os médicos da época começaram a fazer críticas ao fato de os loucos vagarem livremente pelas ruas do Rio de Janeiro, que ficavam encarcerados em suas próprias casas ou ainda que permanecessem presos nos porões das Santas Casas de Misericórdia que não possuíam as mínimas condições para recebê-los e muito menos para tratá-los. Dessa forma os médicos da época chegaram à conclusão que para os loucos só restava um destino, serem encaminhados para um hospício. Amarante nos diz:

Em 1830, uma comissão da sociedade de medicina do Rio de Janeiro realiza um diagnóstico da situação dos loucos na cidade. É a partir desse momento que os loucos passam a ser considerados doentes mentais, merecedores, portanto, de um espaço social próprio, para a reclusão e tratamento. (AMARANTE, 1994, p. 74).

O nascimento da psiquiatria no Brasil está ligado a todas as mudanças da sociedade brasileira com a transferência da Corte, a medicina passará a ser também uma forma, de controle da sociedade, dos indivíduos, da população. Neste período, os médicos consideravam os hospícios o principal instrumento terapêutico do tratamento da loucura, fazia-se necessário retirar estas pessoas das ruas e também disciplinar as instituições que recebiam esses loucos, que eram indesejados e considerados um perigo para a população e era melhor enclausurar essas pessoas nos hospícios.

A Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, por intermédio de seu provedor, o senhor José Clemente Pereira, cria um projeto para a construção de um hospital de alienados na Corte. Clemente começou a arrecadar fundos e encaminhou um ofício ao ministro do Império solicitando de acordo com Machado:

[...] leve o referido à soberana presença de sua majestade imperial para que haja por bem ordenar o que for mais do seu imperial agrado e fará um ato que eternizará o fausto dia da sagração e coroação do mesmo Augusto senhor a fundação de um hospital de alienados, que bem poderia tomar o nome de Hospício de Pedro II. (MACHADO, 1978, p. 427-428).

José Clemente em seu ofício indicou até o local onde pretendia que o hospício fosse construído, uma chácara que era de propriedade da Santa Casa de Misericórdia e que ficava localizada na região da Praia Vermelha. Através de um Decreto nº 82, de 18 de julho de 1841, o Imperador do Brasil, Dom Pedro II concedeu a permissão para a construção do primeiro hospício brasileiro, que foi batizado com o nome do Imperador, Hospício Pedro II de acordo com o decreto a seguir:

Decreto nº 82 de 18 de julho de 1841. Desejando assignalar o fausto dia de Minha Sagração com a criação de um estabelecimento de publica beneficencia: Hei por bem fundar um Hospital destinado privativamente para tratamento de alienados, com a denominação de - Hospicio de Pedro Segundo -, o qual ficará annexo ao Hospital da Santa Casa da Misericordia desta Côrte, debaixo da Minha Imperial Protecção, Applicando desde já para principio da sua fundação o producto das subscrições promovidas por uma Commissão da Praça do Commercio, e pelo Provedor da sobredita Santa Casa, além das quantias com que Eu Houver por bem contribuir. Candido José de Araujo Vianna, do Meu Conselho, Ministro e Secretário de Estado dos Negocios do Imperio, o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em dezoito de Julho de mil oitocentos quarenta e um, vigesimo da Independencia e do Imperio. Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador. (VIANNA, 1841).

Em dezembro do ano de 1852, ocorreu a inauguração do Hospício Dom Pedro II, que possuía um modelo inspirado nos hospitais asilares franceses. Uma característica desse hospício era o isolamento com caráter médico e policial ao mesmo tempo, em que o louco deveria realizar a sua transformação. Os loucos agora, não poderiam mais andar pelas ruas ou serem abrigados na Santa Cada de Misericórdia e o hospício tinha uma recomendação de só receber loucos curáveis, que posteriormente pudessem ser reintegrados à sociedade.

Em um primeiro momento era preciso isolar o louco da sociedade e da família e tinha prioridade o louco que vagava pelas ruas, pois a família pobre não tinha nenhuma possibilidade de garantir a segurança e o tratamento desse alienado. Quanto às famílias ricas, as que desejassem manter junto delas o alienado, o internamento não seria obrigatório, pois os médicos da época acreditavam que essas famílias em suas amplas residências poderiam reproduzir o ambiente de um hospício dentro de suas casas. (FONTE, 2012).

No período da inauguração do Hospício Pedro II, só existia um médico na instituição, que era o seu diretor, contava com doze enfermeiros

e treze irmãs de caridade, que contavam com a ajuda de cerca de cinquenta órfãs, que moravam no hospício e ajudavam as irmãs de caridade a cuidar da enfermaria das mulheres. O Estado acreditava que as irmãs de caridade, poderiam assistir aos alienados. O médico nesse período, não tinha poder sobre a instituição, que era subordinada à Santa Casa de Misericórdia. Podemos evidenciar essa situação nas palavras de Amarante:

Da criação do Hospício de Pedro II até a Proclamação da República, os médicos não poupam críticas ao hospício, excluídos que estavam de sua direção e inconformados com a ausência de um projeto assistencial científico. Reivindicam o poder institucional que se encontra nas mãos da Provedoria da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, assim como da Igreja, com a ativa participação da Irmandade de São Vicente, pertencentes aos setores mais conservadores do clero. (AMARANTE, 1994, p. 75).

Com a proclamação da República em 1889, no ano seguinte, em janeiro de 1890, o Hospício Pedro II foi desvinculado da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro e passou a estar subordinado ao Estado, e teve seu nome alterado para Hospício Nacional de Alienados. Nesse momento a loucura se desvincula do religioso para ganhar caráter estatal, agora o incapaz quem deveria ser tratado e protegido, neste mesmo ano de 1890 foi criado através do Decreto nº 206^a, de 15 de fevereiro de 1890, a Assistência Médico-Legal aos Alienados.

A grande maioria dos médicos alienistas possuía ideal positivista e republicano e desejavam o reconhecimento legal, por parte do Estado, que legitimasse e autorizasse uma intervenção mais ativa no campo da doença mental e assistência psiquiátrica. Para os médicos, o hospício deveria ser medicalizado, deveria ter em sua direção o poder médico, para possuir uma organização embasada em princípios técnicos. Para os médicos, isso era importante para ter o respeito público para a medicina mental e para o Hospício Pedro II. Os médicos desejavam que o hospício se tornasse um lugar de produção de conhecimento (AMARANTE, 1994, p. 75).

Com a proclamação da República, a psiquiatria procurou modernizar-se, acreditavam que a psiquiatria deveria atuar no espaço

social. A República se preocupava com os loucos das ruas, mas também com as pessoas consideradas indesejáveis, agora merecia a reclusão também, os desordeiros, os mendigos, os alcoólatras, todas as pessoas que incomodassem a ordem pública. Nesse contexto, no ano de 1890, foram criadas as duas primeiras colônias de alienados para o tratamento de loucos indigentes do sexo masculino. Acreditava-se que nessas colônias, os loucos pudessem viver de forma fraterna, em casa ou no trabalho e seu retorno a sociedade estava relacionado ao fato de poder trabalhar e de se adaptar as regras sociais. Amarante menciona que:

Este conjunto de medidas que caracterizavam a primeira reforma psiquiátrica no Brasil, que tem como escopo a implantação do modelo de colônias na assistência aos doentes mentais. Esse modelo asilar de colônias inspira-se em experiências europeias que, por sua vez, são baseadas numa prática natural de uma pequena aldeia belga, Geel, para onde os doentes eram levados para receber uma cura milagrosa, patrocinada pela Santa Dymfna, a Padroeira dos Insanos. (AMARANTE, 1994, p. 76).

O primeiro diretor da Assistência Médico Legal dos alienados e do Hospício Nacional de Alienados foi João Cardos Teixeira Brandão, que procurou reconhecer o louco como doente e que o único lugar de trata-los era o hospício. No ano de 1903, Teixeira Brandão, foi eleito deputado e nesse mesmo ano conseguiu a aprovação de uma lei federal para a assistência aos alienados.

A partir da lei nº 1.132 de assistência aos alienados, a psiquiatria passou a ser maior autoridade sobre os loucos do país, o local destinado a eles era o hospício, mas a partir de agora para ser internado era necessário um laudo médico.

Esse período foi um período de desenvolvimento da psiquiatria, onde foi ampliado o espaço asilar. No Rio de Janeiro, foi criada a Colônia de Alienados do Engenho de Dentro para as mulheres indigentes e também foram iniciadas as obras da Colônia de Alienados de Jacarepaguá e as obras do Manicômio Judiciário. Esse processo, que foi iniciado por Teixeira

Brandão, terá como sucessor Juliano Moreira, que possui uma vertente teórica diferente e inovadora (AMARANTE, 1994, p. 76-77).

No ano de 1903, Juliano Moreira retorna de uma viagem de tratamento médico e estudos à Europa, nessa ocasião, foi nomeado diretor do Hospital Nacional de Alienados e da Assistência Médico-Legal aos alienados, ocupando esse cargo por 27 anos. Juliano Moreira dizia que o maior problema dos médicos alienistas brasileiros era conseguir diagnosticar a alienação. Juliano Moreira se preocupava em criar uma classificação psiquiátrica. Para o médico Juliano Moreira, no início do século XX, o paciente deveria ser individualizado, que sendo tratados com respeito, muitos pacientes deixariam de ter uma doença crônica (AMARANTE, 1994).

No ano de 1923, foi fundada a Liga Brasileira de Higiene Mental por Gustavo Riedel, que pretendia uma intervenção no espaço social e possuía características da ciência eugenistas, xenófoba e extremamente racista. A psiquiatria posicionou-se de forma a defender o Estado, contribuindo diretamente com o controle dos indesejáveis à sociedade. A psiquiatria nesse período passa a pretender uma recuperação de raças, favorecer uma sociedade sadia e dessa forma o hospício passa a ser um lugar para encaminhar os considerados inferiores de acordo com o pensamento vigente na época. Podemos atestar este tipo de pensamento nas palavras de Maria Luíza Tucci Carneiro (2001, p. 47).

Conceitos sustentados pelo darwinismo social, pelo evolucionismo social de Herbert Spencer, alcançaram grande repercussão dos meios intelectuais brasileiros, fornecendo justificativas científicas para as diferenças sociais e para o atraso brasileiro frente as demais nações europeias. A questão da raça passou a ser discutida absorvendo através de uma extensa literatura europeia as ideias dos teóricos do racismo científico, prevendo para o Brasil um futuro duvidoso, sob a alegação de sermos um país de mestiços. (CARNEIRO, 2001, p.47).

Na década de 1930, a psiquiatria pensou ter encontrado a cura para as doenças mentais através do uso dos eletrochoques e das cirurgias de lobotomia. A psiquiatria vai ganhar mais poder e as internações dos

indesejados da sociedade irão se tornar mais frequentes. Esse processo vai ser reforçado na década de 1950 com o surgimento de novos medicamentos neurolípticos, que muitas vezes são utilizados de forma inadequada.

O furor farmacológico dos psiquiatras acabou dando origem a uma postura de uso de medicamentos que nem sempre era orientada, muitas vezes usada devido a uma pressão da indústria, por ignorância em relação a seus efeitos e muitas vezes usada para reprimir os pacientes dos manicômios, de forma a torna-los mais toleráveis e dóceis (AMARANTE, 1994, p. 79).

Após a Segunda Guerra Mundial surgiram novas experiências em relação ao tratamento psiquiátrico, como a criação de comunidades terapêuticas, psiquiatria preventiva e comunitária, dentre outras. O Brasil, porém ficou à margem dessas inovações, o serviço público de saúde continuou por décadas ignorando a situação das pessoas encarceradas nos hospitais psiquiátricos.

3. A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS E OS TRATAMENTOS DISPENSADOS AOS DOENTES MENTAIS NO BRASIL

Na atualidade, já possuímos mais de seis décadas após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, após a Segunda Guerra Mundial. Durante todo este período, apesar do Brasil ser signatário da declaração e outros pactos, os Direitos Humanos estiveram bem longe das pessoas que eram encaminhadas para os hospitais psiquiátricos. Tanto no plano nacional, bem como no internacional, muita coisa foi alterada após o término da Segunda Guerra Mundial e podemos evidenciar essa situação quando Antônio Augusto Cançado Trindade nos dias que:

Com efeito, ao longo das seis últimas décadas, apesar de prolongadas divisões ideológicas do mundo, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos encontraram expressão. Na Declaração Universal de 1948, e daí se projetaram a sucessivos e numerosos tratados e instrumentos de proteção, nos planos global e regional, e as constituições e legislações nacionais, e se reafirmaram em duas Conferências de Direitos Humanos (Teerã, 1968 e Viena, 1993). (TRINDADE, 2009, p. 13).

O ser humano passou a ser o centro das atenções da comunidade internacional e com isso, foram realizados vários tratados e instrumentos de proteção, nos âmbitos nacionais e internacionais. A proteção dos Direitos Humanos é um movimento amplo, universal e irreversível, o ser humano precisa ser resgatado como um sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, possuindo plena capacidade jurídica internacional, como bem leciona Cançado Trindade:

De início, não há como negar que, a par dos avanços logrados neste domínio de proteção ao longo das seis últimas décadas, surgem, não obstante, novos obstáculos e desafios, materializados, sobretudo na marginalização e exclusão sociais de segmentos crescentes da população, na diversificação de fontes de violações de direitos humanos e na impunidade de seus perpetradores. Impõe-se, assim, um entendimento mais claro do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que vinculam não só os governos, mas os próprios Estados (todos seus poderes, órgãos e agentes), e se aplicam em todas as circunstâncias (inclusive nos estados de emergência). (TRINDADE, 2009, p. 14).

Apesar de todo esse amparo legal dos Direitos Humanos, a grande maioria das pessoas que eram encaminhadas para hospitais psiquiátricos, não sabiam para onde estavam indo ou o porquê de estarem sendo internadas, simplesmente eram encaminhadas para estas instituições por serem pessoas indesejadas para a sociedade ou suas famílias e na maioria das vezes eram internadas a força. Nos manicômios ou hospitais colônias, eram despedidas de sua dignidade, muitas vezes tendo suas cabeças raspadas, suas roupas arrancadas e perdiam até seus nomes. Diante desta situação Amarante (1994, p. 75) nos diz:

Quem são estes loucos? As esparsas referências que se pode encontrar demonstram que podem ser encontrados preferentemente dentre os miseráveis, os marginais, os pobres e toda a sorte de párias, são ainda trabalhadores, camponeses, desempregados, índios, negros. “degenerados”, perigosos em geral para a ordem pública, retirantes que, de alguma forma ou por algum motivo, padecem de algo que se convencionou englobar sobre o título de doença mental. (AMARANTE, 1994, p.75).

Uma boa parte das pessoas internadas em hospitais psiquiátricos não possuía sequer um diagnóstico de doença mental, viviam nos hospitais abandonadas, em meio à sujeira, dormindo sob o capim amontoado no chão, muitos eram espancados, tudo isto ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Muitos pacientes foram verdadeiras cobaias humanas, para os recém-lançados medicamentos, eletrochoques e cirurgias de lobotomia. Toda esta situação, que fere diretamente os Direitos Humanos ocorreu durante a administração de sucessivos governos e com a concordância de todas as instâncias médicas e administrativas.

Mesmo com a criação de novos hospitais, principalmente a partir da década de 1950, a situação não melhorou, os pacientes continuavam vivendo em total abandono, os hospitais possuíam um excesso de pacientes internados e a função destas instituições continuou a ser a de exclusão social. A assistência psiquiátrica pública era muito lenta e não tomava conhecimento das transformações que ocorriam na prática psiquiátrica pós-segunda guerra mundial, principalmente na Europa e nos Estados Unidos da América. (FONTE, 2012).

O Brasil sempre foi signatário e aderiu aos instrumentos que dizem respeito aos Direitos Humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica e resoluções que amparam e protegem deficientes e doentes mentais, porém a realidade que vislumbramos nos manicômios e hospícios brasileiros feriram todos os preceitos dos Direitos Humanos e da ética. Diante desta situação, Eliane Maria Monteiro da Fonte (2012) menciona:

Os hospitais psiquiátricos, centralizando a assistência e sendo praticamente únicos na oferta de serviços psiquiátricos no contexto nacional, tiveram as condições internas de maus-tratos aos internados, desnudadas e denunciadas no processo social brasileiro de «abertura democrática». A discussão acerca da violência, dos maus tratos e da tortura praticada nos asilos brasileiros produziu, em grande parte, a insatisfação que alimentou o Movimento Antimanicomial. Entretanto, ainda não estava muito claro qual deveria ser o modelo de cuidado e nem havia uma proposta estruturada da intervenção clínica.

Os hospitais e manicômios brasileiros funcionaram durante décadas violando a sua finalidade terapêutica, pois, sempre existiram relatos das suas condições inadequadas para prestar atendimento aos pacientes. Não conseguimos vislumbrar nenhuma ética nesses estabelecimentos e em seus administradores, pois, a ética está ligada a uma conduta, após um determinado juízo de valor e não pode estar dissociada da realidade que vivemos, nossas ações cotidianas devem ser orientadas pela ética. Os seres humanos são orientados com auxílio de regras e princípios, dessa forma a ética não pode ser vista como estanque ao Direito, são as normas jurídicas que regulamentam o comportamento em sociedade. Namba (2009, p. 7) enfatiza com propriedade que:

[...] cumpre precisar a distinção entre o elemento jurídico e o elemento ético, de forma a reduzir a autoridade estatal a formas jurídicas objetivamente definíveis. Essa tarefa poderá contribuir para a nitidez da linha de limites posta ao exercício da autoridade e representará fundamental garantia da autonomia individual. O pensamento humano e a valoração em relação à vida diferem de acordo com as transformações espaciais e temporais. Por essa mesma razão, os debates são perenes e podem tornar algum avanço técnico sem regulamentação jurídica. (NAMBA, 2009, p.7).

Os manicômios e hospitais colônias continuaram existindo e funcionando após a Declaração dos Direitos Humanos e como em seu início, ainda eram depósitos de pessoas indesejadas pela sociedade ou suas famílias, dentro dos hospitais eram vítimas de práticas eugenistas e de segregação, onde estas pessoas, não tinham acesso a nada que é imprescindível para que uma pessoa tenha saúde, pois, ter saúde, não é estar livre de algum tipo de doença, como atesta Pessini:

Saúde não pode ser definida apenas como a ausência de doença. É antes de tudo o resultante de condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, lazer, liberdade e acesso a serviços de saúde. Em resumo, é o produto de condições objetivas de existência. Resulta das condições de vida e das relações que os homens estabelecem entre si e com a natureza, por meio do trabalho. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 195).

A saúde pública tem como função proteger e restaurar a saúde dos indivíduos e da coletividade, porém as autoridades públicas brasileiras, no que diz respeito a saúde mental, “fechou os olhos” durante décadas em relação aos pacientes dos manicômios e hospitais colônias. A finalidade do Estado é promover o bem comum e garantir a todos a possibilidade de uma vida compatível com a dignidade da pessoa humana.

No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana é prevista na Constituição Federal de 1988 como um princípio fundamental a ser observado pelo Brasil que é um Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana não pode ficar relegada a um segundo plano e muito menos se permitir o distrato do ser humano como ocorreu nos manicômios aqui no Brasil. A República é uma organização política que deve servir a pessoa e cuidar para que as normas jurídicas não sejam violadas.

Foi estabelecido um princípio geral de direito que deve resolver os conflitos da sociedade, a dignidade da pessoa humana. É um tipo de norma jurídica, que sua violação não pode ser permitida, pois, sem vida não existe pessoa e sem pessoa não tem como existir dignidade (NAMBA, 2009, p. 16).

Os pacientes psiquiátricos aqui no Brasil, durante décadas não foram tratados como pessoas, eles não tiveram a chance de poder ter um convívio social, foram enclausurados dentro de instituições hospitalares, onde não eram tratados sequer como seres humanos, eram tratados como animais como podemos atestar através do histórico do tratamento da loucura no Brasil.

CONCLUSÃO

Ao apresentar um histórico da loucura e a assistência prestada a mesma no Brasil, nós podemos evidenciar a preocupação com a construção dos hospícios, que eram uma forma de retirar o louco do convívio em sociedade e para o Estado representava uma forma de controle e organização

da sociedade, já que uma grande quantidade de pessoas foi enclausurada em hospícios e hospitais colônias.

A loucura passou a ser uma preocupação para médicos, cientistas e o Estado, o tratamento baseava-se praticamente na reclusão dessas pessoas, retirar os indesejáveis da sociedade, doentes ou não. Não houve uma preocupação com a dignidade dessas pessoas, nem por parte das autoridades médicas e nem por parte do Estado.

O grande número de pessoas que foram confinadas nos hospícios e hospitais colônias sofreram nestes locais, toda sorte de atrocidades que um ser humano pode ser exposto e este tema precisa vir à tona para que estudantes e operadores do Direito possam refletir acerca dos horrores praticados durante décadas nessas instituições e desta forma traçar um paralelo com o tratamento dispensado aos doentes mentais na atualidade. A forma desumana como foram tratados no passado feriu todas as declarações, pactos e acordos sobre os Direitos Humanos em que o Brasil é signatário.

Os fatos ocorridos com estas vítimas dos hospícios durante décadas aqui no Brasil, não podem ser esquecidos, pois ainda vivemos em um mundo com muitos preconceitos e intolerância, onde precisamos reforçar dia a dia a importância dos Direitos Humanos e o respeito a dignidade da pessoa humana.

Na atualidade, estamos vivenciando muitas situações de intolerância e violação dos Direitos Humanos, em nosso plano interno e no internacional, e apesar de toda a legislação que protege o ser humano, muitos ainda possuem seus direitos violados.

O Brasil é signatário da Declaração dos Direitos Humanos e da Convenção Americana dos Direitos Humanos, mas fechou os olhos por décadas para os pacientes dos hospitais psiquiátricos, que foram tratados com descaso e falta de ética tanto por parte das autoridades médicas, bem como pelas autoridades brasileiras, que não consideraram essas pessoas como cidadãos.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo. Asilos, alienados e alienistas: uma pequena história da psiquiatria no Brasil. In: AMARANTE, Paulo (org.). *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O anti-semitismo na Era Vargas: fantasmas de uma geração (1930-1945)*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

FONTE, Eliane Maria Monteiro da. Da institucionalização da loucura à reforma psiquiátrica: as sete vidas da agenda pública em saúde mental no Brasil. *Estudos de Sociologia*, v. 1, n. 18, p. 1-26, mar. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revsocio/article/view/235235/28258>. Acesso em: 29 abr. 2018.

MACHADO, Roberto *et al.* *Danação da norma: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil*. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1978.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Edições Loyola, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.) *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

VIANNA, Candido José de Araújo. *Decreto n. 82, de 18 de julho de 1841. Homologa a fundação do Hospício de Pedro II, anexo ao hospital da Santa Casa da Misericórdia, para tratamento de alienados*. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/norma/385725/publicacao/15742236> Acesso em: 27 set. 2020.

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE A CONSTRUÇÃO DO INDIVÍDUO SOCIAL

*Melissa Zani Gimenez*¹

*Vitória Moinhos Coelho*²

“A educação exige os maiores cuidados, porque influi sobre toda a vida”.

Lucius Annaeus Senec

INTRODUÇÃO

A educação é considerada, em seu contexto fático, como um direito humano fundamental, assegurado na Constituição Federal como obrigação

¹ Professora. Advogada. Doutoranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC/SP- com bolsa CNPQ- sob a orientação do professor Willis Santiago Guerra Filho. Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, por intermédio da bolsa CAPES / PROSUP – modalidade I. Dedicar-se à pesquisa acadêmica relativa ao tema: Educação do Estatuto da Criança e do Adolescente nas Escolas de Ensino Fundamental para a formação ético-social do educando junto ao Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas- Professores- Lafayette Pozzoli e Clarissa Chagas Sanches Monassa e também junto ao Grupo de Pesquisa NUDISE - Núcleo de Gênero e Diversidade Sexual na Educação, da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP, com a líder Tânia Suely Antonelli Marcelino Brabo. Endereço eletrônico: melissazanigimenez@gmail.com.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Pesquisadora científica.

do Estado, devendo sua efetivação ser garantida de forma digna, gratuita e de qualidade. Ocorre, pois, que por meio de uma evolução histórica percebe-se que em período anterior à Revolução Industrial, a educação brasileira exercia um papel secundário, em decorrência da cultura e do modo de vida da sociedade civil, em que o homem dependia de forma única e exclusiva de sua força física para a execução de seu trabalho, o que era tido fundamental e único para sua subsistência.

É, contudo, com o início da Revolução Industrial, com a inserção do homem nas fábricas, que surge a necessidade da educação, uma vez que garantiria, por meio do ensino, uma mão de obra mais qualificada.

No aspecto histórico, a educação, como instrumento indissociável ao desenvolvimento humano inicia-se com o manifesto dos pioneiros que ocorreu no período da era Vargas. A partir de então, o Estado entende que a educação, por questão de desenvolvimento da sociedade e, por vezes, de mudanças culturais, torna-se uma ferramenta essencial para a dignidade do homem e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse ínterim, a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, teve como principal objetivo elaborar leis que estabelecem o encontro com as necessidades humanas, as quais contribuem para a formação da personalidade cidadã.

Dessa forma, incorre em um dever constitucional da família, do Estado e da sociedade, garantir a educação da criança e do adolescente de forma prioritária e absoluta, em uma principiologia axiológica de Índole Constitucional, dos princípios da Prioridade Absoluta e do Superior Interesse da Criança e, caberá ao aplicador da lei usar as normas constitucionais e infraconstitucionais de forma que possa enaltecer a dignidade dessas pessoas.

A maior parte do aparato legislativo tem como fundamento políticas públicas que asseguram “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”, mandamento esse explícito no preâmbulo da Carta Constitucional. Ocorre, porém, que a materialização desses objetivos será ofertada por

meio dos direitos fundamentais, entre eles, um dos mais essenciais, que é a educação.

Logo, considerando que são fundamentais por propiciar o integral desenvolvimento da pessoa humana, sempre que houver lacunas ou dificuldade de efetivação do direito, estará ocorrendo a ausência de aplicação do planejamento legislativo. E, mais grave ainda, a não aplicação no dispositivo normativo no caso concreto proporciona a desigualdade material, sendo que, no aspecto abordado, tal fator fere diretamente a dignidade e vida civil do educando, que encontrará demasiadas dificuldades para tornar-se um indivíduo social, um cidadão de direitos.

Em outras palavras, sempre que houver falha na concretização do direito haverá, conseqüentemente, uma grave ameaça a dignidade da pessoa humana. Cumpre salientar, inclusive, que o mencionado princípio está inserido na Constituição Federal, no artigo 1º, III, sob o título de Direitos Fundamentais, representando a base do Estado Democrático de Direito, destacando a grande importância que o ser humano possui diante da maioria dos ordenamentos jurídicos e a necessidade de garantia de esforços na intenção de assegurar os seus direitos.

Nesse sentido, sempre que houver por parte do Estado uma previsão legal de direito ou garantia ocorrerá a igualdade formal, isso porque são destinados a todos, na perspectiva política do Estado de Direito. Porém, de modo adverso, quando as aplicabilidades dessas garantias, em suma, não conseguem proporcionar uma igualdade no caso concreto haverá um cenário de desigualdade material. A grave consequência disso é a violência simbólica que sofrem aqueles que não conseguem usufruir dos seus direitos e garantias fundamentais, tendo por suprimidas, além dos direitos já mencionados, a própria dignidade.

Frente a essa desigualdade de fato e, conseqüentemente, a suposta violência vivenciada pelos indivíduos, em uma breve e cautelosa análise pretende-se indagar se aqueles que não têm acesso a recursos que potencializam suas capacidades e proporcionam o integral desenvolvimento de sua personalidade cidadã podem ser considerados como cidadãos indignos.

Em caso de afirmação, veremos que a consequência é, inevitavelmente, uma sociedade sem princípios e desigual, inversa ao que fora previamente estabelecida. Ou seja, analisa-se um cenário que revela um paradoxo entre a educação ofertada e a concepção de cidadania republicana estampada na Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais exercem um papel primordial na formação da personalidade da pessoa humana e em sua vida em coletividade. Destinados a todos, em plena igualdade formal, tais direitos são como um conjunto de fragmentos que, direta ou indiretamente, asseguram a conservação da dignidade da pessoa humana, bem como influenciam no bem-estar social. Razão pela qual, de acordo com Sarlet (2009), a discussão sobre direitos fundamentais é tão importante que não se restringe somente em sua crise, mas, acima de tudo, em sua implementação.

A necessidade de implementação dos direitos faz-se fundamental por influenciar na formação do caráter humano e, por isso pressupõe que a eficácia resulta em dignidade ao indivíduo, ou seja, o Estado define como direito fundamental tudo aquilo que, de alguma forma, proporciona ao homem recursos para que se tenha uma vida digna, capacitando o seu desenvolvimento físico, moral, emocional e psíquico; possibilitando a vida em sociedade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aponta a educação como um direito humano fundamental e social. Em decorrência de sua importância, essa garantia constitucional trata-se de algo inerente à vida humana, razão pela qual, o Estado assume o papel de provedor.

É importante destacar, que quando se diz direito fundamental nem sempre esse termo está ligado a uma característica essencial para garantia da vida biológica. Neste aspecto, ele está diretamente vinculado à dignidade humana. Nesse viés, essa garantia funciona como uma espécie de recursos fornecidos pelo Estado para constituir o integral desenvolvimento da

pessoa humana em âmbito de relações sociais, interpessoais, intergrupais e institucionais.

A educação, como direito fundamental, passa a ter papel essencial na vida humana a partir da década de 30, quando o Brasil, por intermédio do presidente Getúlio Vargas³, adota o sistema de “substituição de importações⁴, visto que iniciava um período de substituição do modelo agrário para o industrial. A consequência disso, foi a exigência de pessoas mais capacitadas para laborar, não se restringindo essa necessidade à capacidade física, de força. A partir disso, o Estado entende que a educação é um recurso capaz de suprir às aspirações esperadas.

Sendo assim, por meio da educação, inicia-se um processo de capacitação que, contribuiu, principalmente, para o mercado de trabalho. Neste mesmo período, no ano de 1932, o manifesto dos pioneiros⁵ defendia, dentre tantas coisas, a educação pública de qualidade. Nesse ínterim, o Estado passa a assumir e oferecer, não só a qualidade, mas a universalização de educação para todos.

Após a aprovação da Constituição Cidadã, contendo diversas conquistas históricas, o país traz em seu corpo normativo a educação como direito fundamental e essencial para a vida humana. Há que se ressaltar que a educação, também, é assunto norteador da Declaração Mundial de Educação para Todos⁶ (1990), adotada na Conferência de Jomtien, na Tailândia, e a Declaração de Salamanca (1994), adotada pela UNESCO, que enfatizam a necessidade real da educação para todos, cuja pretensão é estabelecer compromissos mundiais para garantir a todas as

³ Getúlio Dornelles Vargas foi um advogado e político brasileiro, líder civil da Revolução de 1930, que pôs fim à República Velha, depondo seu 13º e último presidente, Washington Luís, e, impedindo a posse do presidente eleito em 1 de março de 1930, Júlio Prestes. Foi presidente do Brasil em dois períodos.

⁴ Substituição de importações é um termo aplicado a economias que substituem produtos manufaturados internacionais por produtos nacionais. Isso ocorreu no Brasil pós-Segunda Guerra Mundial e impulsionou a criação das indústrias de base.

⁵ O movimento de um grupo que defendia novos ideais de educação e lutavam contra o empirismo dominante. Para tanto, pretendiam transferir do terreno administrativo para os planos político-sociais a solução dos problemas escolares, servindo aos interesses do indivíduo, fundando-se sobre o princípio da vinculação da escola com o meio social (MENEZES, 2001).

⁶ A Declaração Mundial de Educação para Todos visa estabelecer compromissos mundiais para garantir a todas as pessoas os conhecimentos básicos necessários a uma vida digna. No Brasil, o Ministério da Educação, divulgou o Plano Decenal de Educação para Todos, para ser cumprido no período de 1993 a 2003.

peessoas os conhecimentos necessários a uma vida digna, na obtenção de uma sociedade mais humana e justa. Ademais, o artigo 1º, parágrafo 3º, preconiza a necessidade do desenvolvimento de uma educação cidadã nas pessoas em formação para a perfeita integração social:

ARTIGO 1 SATISFAZER AS NECESSIDADES BÁSICAS DE APRENDIZAGEM 3. Outro objetivo, não menos fundamental, do desenvolvimento da educação é o enriquecimento dos valores culturais e morais comuns. É nesses valores que os indivíduos e a sociedade encontram sua identidade e sua dignidade.

As disposições normativas internacionais têm por objetivo o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, expandindo suas potencialidades morais, intelectuais e a preparação para o exercício da cidadania.

O Brasil, como um dos agentes signatários dos documentos internacionais voltados à proteção infanto-juvenil, não deveria medir esforços em fazer com que os dispositivos normativos assumidos refletem na realidade social, para verdadeiramente contribuir para melhorar a vida de milhares de crianças e adolescentes que são diariamente afrontados diretamente nos seus direitos de cidadãos (LIMA; VERONESE, 2012, p. 54-55).

A mencionada conferência representa importante marco mundial pelo fato de preocupar-se, única e exclusivamente, com a sobrevivência da população, com o desenvolvimento pleno das capacidades e habilidades humanas (formação integral, física, intelectual, moral) e, assim, proporcionar vida plena e trabalho digno. Por tais motivos, e por ser signatário da conferência, o Brasil assume o compromisso de ofertar a educação como base para uma vida digna. Desde então, a educação torna-se garantia fundamental, mas, além disso, um direito humano.

Entretanto, prevista em normas constitucionais e infraconstitucionais, a educação para a formação cidadã da criança e do adolescente, como direito humano fundamental, em pleno século XXI, não transpassou os limites formais; ainda que presente na lei, é considerada uma realidade utópica.

A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Torna-se impossível falar sobre o direito de crianças e de adolescentes à educação sem analisar o princípio da dignidade humana, que adquiriu, com o transcorrer do tempo, relevância jurídica ao proteger o ser humano enquanto seres sociais e políticos.

A dignidade da pessoa humana está inserta no início da Constituição Federal, no artigo 1º, III, sob o título de Direitos Fundamentais, representando a base do Estado Democrático de Direito, destacando a grande importância que o ser humano possui diante da maioria dos ordenamentos jurídicos e a necessidade de esforços na intenção de assegurar esses direitos.

A Constituição Federal de 1988, ao inserir a dignidade humana como um dos fundamentos para o cidadão realizar-se enquanto pessoa humana enaltece um valor superior a esse princípio, possuindo razão de existência para os direitos fundamentais, e servindo de parâmetro interpretativo e hermenêutico para todo o ordenamento jurídico pátrio, com função integradora e interpretativa (SANTOS, 2011, p. 34).

Devido a sua importância, o princípio em análise serve de diretriz basilar de inúmeras constituições em diversos países; por um lado, para designar o valor supremo que o ser humano representa em qualquer ordem jurídica e, de outro, para promover todos os esforços no sentido de evitar as experiências históricas de aniquilação do ser humano, entre elas: escravidão, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos (CANOTILHO, 2002, p. 225).

Por essa razão, o princípio da dignidade como atributo de toda pessoa humana deve ser verificado como condição prévia para a validade de qualquer direito, representando, pois, condição mínima para a existência social digna.

A preocupação em delimitar a atuação de direitos quando forem utilizados para salvaguardar interesses humanísticos e, dessa forma, contribuir para a formação de um Estado Democrático, surge, não

só no âmbito constitucional, mas, também, expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷ (1948), que traz, em seu preâmbulo, a proclamação de tal princípio a “todos os membros da família humana”. Da mesma forma, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁸ (2000), tanto no preâmbulo quanto no artigo primeiro, coloca a dignidade da pessoa humana como direito inviolável, devendo a mesma ser respeitada e protegida.

Tal princípio ultrapassa os sentidos jurídicos, entretanto, quando cabe ao Judiciário é de suma importância à sua proteção, visto que é órgão responsável pela proteção e oferta deste direito, considerando, pois, algo primordial ao Estado Democrático de Direito, como bem demonstra o artigo 1º da Constituição Federal.

[...] Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos [...] (SARLET, 2009, p. 60).

A garantia da dignidade humana efetiva-se com a devida intervenção do Estado que disponibiliza direitos fundamentais como uma espécie de mecanismo, com a função de auxiliar o desempenho humano, como por exemplo, o direito ao acesso à educação, oferecendo recursos para a obtenção mínima de condições de subsistência e, por conseguinte uma vida digna; fatores que integram o homem na sociedade.

⁷ Documento culminante da Revolução Francesa que destaca os direitos individuais como universais, válidos a qualquer tempo, pois são pertinentes à própria existência humana.

⁸ Enfatiza a necessidade de proteção aos direitos humanos, tendo sido proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de Dezembro de 2000.

EDUCAÇÃO: DA IGUALDADE FORMAL E DA IGUALDADE MATERIAL

Ao referir-se aos direitos fundamentais há que se falar, por vezes, em igualdade, pois tratam-se de direitos e de prerrogativas garantidos pela lei a todas as pessoas, de forma indistinta. Conforme consta no artigo 6º da Constituição Federal, a educação é um direito social fundamental, uma vez que, pelo princípio da isonomia, todos são iguais perante a lei, todos tem acesso a esses direitos. Ocorre, pois, que a igualdade não pode ficar adstrita somente à aplicação igualitária da lei; o princípio de igualdade deve perpassar a letra fria da lei; efetivando, de fato, a igualdade formal.

Há que se ressaltar no avanço histórico, que o sistema educacional desempenha um papel fundamental na realidade contemporânea; os índices de analfabetismo diminuíram em quantidade significativa. É notório o desempenho de políticas educacionais, tanto na educação básica como na avançada, o que proporciona aos jovens e aos adultos acesso à educação por meio da Educação de Jovens e de Adultos- EJA, que não obtiveram a oportunidade de usufruir do seu direito em tempo hábil, resultando na capacidade de avanço intelectual que acaba melhor posicionando-o no espaço social.

É importante ressaltar que a Constituição Cidadã, prolatada em 1988, constitui em seu preâmbulo a preocupação em assegurar o desenvolvimento nacional e o bem-estar social. Nesse contexto, a educação é analisada como ferramenta eficaz para proporcionar a efetivação desse objetivo. É perceptível que a educação brasileira avançou, evoluiu, mas ainda não está plenamente eficaz.

Há em todo o Brasil, registrada no ano de 2016, uma média de aproximadamente 186,1 (cento e oitenta e seis vírgula um) mil escolas de educação básica, as quais são de responsabilidade dos municípios locais cerca de 2/3 (dois terços) das escolas, ou seja, 114,7 (cento e quatorze vírgula sete) mil, conforme consta nas estatísticas do Censo Escolar de 2016 publicada em fevereiro de 2017 pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais- INEP e pelo Ministério da Educação. O Censo Escolar da Educação Básica é uma pesquisa realizada anualmente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira

(Inep) em articulação com as Secretarias Estaduais de educação das vinte e sete unidades da federação, sendo obrigatória aos estabelecimentos públicos e privados de educação básica, conforme determina o art. 4º do Decreto nº 6.425/2008. Trata-se de um amplo e relevante levantamento sistemático sobre a educação básica no País. Os dados coletados constituem a mais completa fonte de informações utilizada pelo Ministério da Educação (MEC) para a formulação, monitoramento e avaliação de políticas e para a definição de programas e de critérios para a atuação supletiva do MEC – às escolas, aos estados e aos municípios. Também subsidia o cálculo de vários indicadores, dentre eles o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica- IDEB e, outros que possibilitam contextualizar os resultados das avaliações e monitorar a trajetória dos estudantes desde seu ingresso na escola.

De acordo com a mesma pesquisa, há no Brasil, um registro de 64,5 mil creches, as quais 76,6% estão na zona urbana, 58,8% são municipais e 41% são privadas – a maior participação da iniciativa privada em toda educação básica; Das 15,1 mil creches rurais, 97,4% estão sob a responsabilidade dos municípios. 105,3 mil unidades de pré-escola, 57,4% estão na zona urbana, 72,8% são municipais e 26,3% são privadas; a União e os estados têm participação de 1% nesta etapa de ensino; Das 44,9 mil escolas rurais, 98,0% estão sob a responsabilidade dos municípios, apenas 13,4% funcionam em estabelecimentos de uma sala de aula, dessas, 95,1% estão na zona rural. 132,7 mil escolas oferecem anos iniciais do ensino fundamental com educação básica, o que significa 71,3%, e 132,7 oferecem alguma etapa e ensino fundamental. Dessas, 116,3 mil oferecem os anos iniciais. O ensino médio é oferecido em 28,3 mil escolas no Brasil; 68,1% das escolas de ensino médio são estaduais e 29,2% privadas (BRASIL, 2017).

Visto isso, percebe-se a discrepância existente no tamanho do investimento realizado em políticas educacionais, desde em prédios como em matrículas, que recepcionam milhares de alunos a cada ano e a qualidade da educação básica no Brasil. Fato esse que deve ser levado em consideração para que o direito à educação seja efetivado em plena igualdade formal.

Entretanto, quando o assunto educação é referente à igualdade material, que visa garantir a justiça social, viés negativo desponta e, nesse sentido, também os déficits de aplicabilidade e de efetivação da prática dessas políticas aumentam proporcionando, de forma nítida, a desigualdade de oportunidades.

Em 07 de fevereiro de 2014, foi publicada pelo Todos pela Educação e o índice de analfabetismo no Brasil no ano de 2014 teve como legenda “No Brasil, há aproximadamente 14 milhões de analfabetos absolutos e um pouco mais de 35 milhões de analfabetos funcionais, conforme as estatísticas oficiais” (DOURADO, 2009).

Parte do texto publicado menciona sobre a desigualdade existente no contexto educacional, ferindo diretamente a dignidade humana, senão vejamos:

Apesar da evolução positiva nos últimos anos, o quadro brasileiro é preocupante. Existem vários níveis de Alfabetização funcional: aqueles que apenas conseguem ler e compreender títulos de textos e frases curtas; e apesar de saber contar, têm dificuldades com a compreensão de números grandes e em fazer as operações aritméticas básicas. Outros, que conseguem ler textos curtos, mas não conseguem extrair informações esparsas no texto e não conseguem tirar uma conclusão a respeito do mesmo. E por fim, aqueles que detêm pleno domínio da leitura, escrita, dos números e das operações matemáticas (das mais básicas às mais complexas), que são minorias. Esses índices tão altos de Analfabetismo funcional devem-se à baixa qualidade dos sistemas de Ensino público, ao longo de décadas (DOURADO, 2009).

Conforme aponta na pesquisa, há no Brasil uma diferença no tratamento e na eficácia do proveito desse direito. Cabe questionar como fica a dignidade desses analfabetos, considerando que maior será sua dificuldade em interagir com a sociedade, pelo fato de estar em extrema desigualdade em comparação com aqueles que são capacitados e desenvolvidos para exercer suas potencialidades de raciocínio, interpretação, lógica, entre outros.

Nesse aspecto, revela a existência de um Estado que defende a educação como direito humano fundamental, tanto para o desenvolvimento do homem quanto para inviolabilidade de sua dignidade humana apenas na lei, porém, com uma população gigantesca que não se beneficia de uma educação digna.

Destaca-se nitidamente, uma realidade educacional pautada em uma desigualdade material, o que acaba revelando uma violência simbólica contra os cidadãos, além de ferir o Princípio da Isonomia, causando um esfacelamento do direito à educação, pois neste aspecto, nem todos são iguais. Há cidadão frente à ineficácia das políticas de incentivo, uma vez que não são destinatários desse benefício. Logo, podemos considerar o que Arendt dizia: “A igualdade não é uma condição humana natural, depende do exercício da cidadania, o que depende de convenções e intervenção política” (LAFER, 2009, p. 150).

Logo, deduz-se que, hodiernamente, persistem situações sociais, políticas e econômicas que, mesmo após do término dos regimes totalitários, contribuem para tornar os homens supérfluos, vulneráveis a situações sociais e sem lugar num mundo que pertence a todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com as estatísticas educacionais apresentadas no presente trabalho de pesquisa, a desigualdade na perspectiva de efetivação plena da educação prepondera no país. Não obstante, o preâmbulo da Constituição destacar a igualdade, o artigo 1º ressaltar sobre dignidade da pessoa humana, o artigo 2º garantir o desenvolvimento nacional e o artigo 6º dispor da educação como direito fundamental social, na realidade contemporânea, trata-se tão somente de uma igualdade formal, de conotações jurídicas.

Tão logo, revela que a igualdade material não é garantida, e a consequência disso resulta em um mal-estar social e ao não desenvolvimento humano social igualitário, vez que a não capacitação pedagógica caracteriza uma limitação ao acesso do trabalho, ao ensino superior, à uma vida digna, à violência simbólica.

Além disso, não há preservação da dignidade humana ao analisar que os indivíduos que se encontram em posição desigual na sociedade estão sujeitos a uma vida precária, havendo comprometido o seu desenvolvimento, enquanto pessoa humana, pessoa política, revelando a precariedade na oferta de um direito humano fundamental que faz referência à educação.

E, no ponto vista jurídico, a máquina estatal descarta o desenvolvimento pleno da personalidade do indivíduo e a conservação de sua dignidade, enquanto ser social, ao ofertar um direito fundamental de forma deficitária.

Conclui-se, pois, que a Constituição Federal ao ressaltar a presença de um Estado Democrático de Direitos está em débito com o cidadão, pois a educação, como um direito humano fundamental, encontra-se em dissonância com os preceitos legais apresentados na Carta Magna, destoando o verdadeiro sentido da igualdade material, negando a real emancipação do ser humano, ampliando, consideravelmente, a desigualdade social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Censo escolar da educação básica 2016. Notas Estatísticas*. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2017/notas_estatisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2016.pdf. Acesso em: 8 out. 2018.

CARTA *de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf, 07/12/2000. Acesso: 23 fev. 2013.

DECLARAÇÃO *de Salamanca: Sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>, 1994. Acesso em: 11 out. 2018.

DECLARAÇÃO *Mundial de Educação para Todos*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>, 1990, Acesso em: 02 fev. 2021.

DECLARAÇÃO *Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-Apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf, 10/12/1948. Acesso: 23 fev. 2013.

DOURADO, L. F. (coord.). *Avaliação do Plano Nacional de Educação 2001 – 2008: Políticas, Programas e Ações do Governo Federal*. Brasília, DF: INEP, 2009. v. 2: Modalidade de ensino. Disponível em: <http://fne.mec.gov.br/images/pdf/volume2.pdf>. Acesso em: 8 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 54-55. Coleção Pensando o Direito no Século XXI.

MENEZES, Ebenezer Takuno de. Verbetes Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova. *Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil*. São Paulo: Midiamix Editora, 2001. Disponível em <http://www.educabrasil.com.br/manifesto-dos-pioneiros-da-educacao-nova/>. Acesso em 03 fev 2021.

SANTOS, Lourdes Rosalvo da Silva dos. *Acesso à justiça de crianças, adolescentes e jovens: instrumentos viabilizadores*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 459-488.

TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NO MERCADO DE TRABALHO: REINSERÇÃO SOCIAL E EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

Fernando de Brito Alves

INTRODUÇÃO

Todos os indivíduos pertencentes ao segmento LGBT fazem parte de uma minoria sexual, sendo considerados transgressores do padrão heterossexual imposto socialmente. Porém, as travestis e transexuais são consideradas duplamente transgressoras, tanto à orientação sexual quanto à identidade de gênero, alocadas em um corpo biológico com o qual não se identificam.

Ao construir uma identidade de gênero que não se pode ocultar, a corporalidade funciona como um encarceramento, que ao introduzir a possibilidade de expressão identitária, igualmente abre espaço à invisibilidade, tendo a marginalidade social como consequência.

Assim, a discriminação que dificulta o acesso delas ao mercado de trabalho, está fundada na heterossexualidade como referência normativa e nos padrões binários de gênero — masculino *versus* feminino. Essa discriminação pode ser vivenciada de inúmeras formas pelas travestis e

transexuais: seja pelo número gritante de homicídio contra estas, onde o Brasil atingiu o primeiro lugar de homicídios trans, seja pelo sem número de violências sofridas, seja pela marginalidade social.

Desse modo, esse segmento social necessita prioritariamente de atenção por parte do Estado para que com a criação de políticas públicas, em especial as ações afirmativas, seja possível inseri-las no mercado formal de trabalho e assim reinseri-las socialmente, retirando-as das margens sociais.

A inserção no mercado de trabalho das travestis e transexuais possibilita não só retirá-las da prostituição mas efetivar o direito destas como cidadãs, sendo o trabalho um importante meio de inclusão social.

TRATAMENTO DIFERENCIADO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A despeito da natureza comum de todo ser humano, biologicamente dizendo, a igualdade não é encontrada espontaneamente na sociedade. Há desigualdade entre os indivíduos seja econômica, racial, de gênero ou de outras inúmeras formas. A igualdade e a diferença não são conceitos antitéticos, mas sim conceitos interdependentes que estão em permanente tensão construtiva.

Joan Scott (2005) analisa que o paradoxo entre igualdade e diferença resolver-se-iam através de lutas sociais e políticas. Então, a igualdade necessita ser conquistada, obtida, e para isso, o Direito pode ser considerado um valioso meio.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu capítulo sobre Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, estabelece no artigo 5º, *caput*, que «todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e garante a inviolabilidade de alguns direitos fundamentais, entre eles o direito à igualdade» (BRASIL, 1988).

Desta feita, o Direito tem a função de oferecer um tratamento equivalente que assegure a igualdade e oferecer um tratamento diferenciado que promova a igualdade. É nisso que se consiste um dos princípios mais

basilares do nosso ordenamento jurídico: o princípio da igualdade ou isonomia.

Entende-se que a essência do princípio da isonomia não é nivelar os cidadãos diante da norma legal, mas que a lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. A própria edição das normas deve dispensar tratamento equânime às pessoas, para assegurar o preceito magno da igualdade. Em concordância, dispõe Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 12-13):

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em uma ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Assim, o tratamento diferenciado não pode ser considerado privilégio, pois para efetivação dos direitos de alguns indivíduos, é necessário o tratamento diferenciado em busca da igualdade. É importante, então, lembrar a máxima aristotélica onde a igualdade seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Claramente, as distinções são compatíveis com o princípio da isonomia apenas quando existir um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residir no “objeto” e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os dispositivos constitucionais.

A própria Constituição Federal veda formas de discriminação, como no artigo 5º, VIII, em que dispõe que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta”; ou no artigo 7º, XXXI que proíbe “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Sobre o princípio da igualdade, Hans Kelsen (1998, p. 99), em sua obra-prima intitulada *Teoria Pura do Direito*, observa que:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

Dessa forma, tendo em vista que alguns segmentos sociais são hipossuficientes, devido à marginalização social, é necessário tratá-los de forma especial para garantirem seus direitos. É o que acontece, por exemplo, com os negros que, após séculos e séculos de escravidão, mesmo quando esta foi abolida, continuaram marginalizados socialmente, e ainda hoje encontram no racismo um empecilho para atingirem direitos fundamentais como à educação e trabalho. Como forma de suprir essa desigualdade, foram criadas as cotas raciais.

É o que acontece, também, com as mulheres. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado, inclusive na ordem jurídica, que só recentemente vem conquistando espaço na vida social e jurídica. Devido à sua posição hipossuficiente nas relações familiares e conjugais, foi criada a Lei 11.340 de 2006, intitulada como Maria da Penha, a qual cria mecanismos para prevenir e punir a violência contra a mulher seja ela física, moral, patrimonial ou psicológica (BRASIL, 2006).

Em consonância, foi criada a Lei nº 13.104 de 2015, a qual incluiu no Código Penal o feminicídio como crime qualificado, para coibir e penalizar homicídios contra as mulheres pela razão de pertencerem ao sexo feminino, ou seja, violência de gênero (BRASIL, 2015).

De forma semelhante, acontece com travestis e transexuais, vítimas da violência e preconceito pela não conformidade do sexo biológico com o gênero em que se vive, fugindo do padrão sexual imposto socialmente. Com isso, não têm seus direitos básicos como à segurança, educação e

trabalho concretizados e acabam recorrendo à prostituição para poderem sobreviver, como será visto posteriormente.

Dessa maneira, é inegável a hipossuficiência e a posição desprivilegiada que se encontram as travestis e transexuais perante outros cidadãos. O tratamento diferenciado a estas não infringiria nenhuma norma constitucional, muito pelo contrário, ele é fundamental, como forma de promover a igualdade social entre sujeitos desiguais e socialmente desfavoráveis na estrutura social.

Os direitos conquistados por esse segmento foram conquistados de forma árdua. Ainda assim, as pessoas trans ainda se encontram desamparadas e em pé de desigualdade ante a outros cidadãos. É necessário retirá-las das margens sociais e reinseri-las socialmente.

Necessário observar que o reconhecimento das pessoas trans como sujeitos de direito, que demandam por direito, por ações afirmativas, significa também um benefício à cidadania e à diversidade cultural da população como um todo. Um avanço na democracia e respeito a diferença.

INSERÇÃO DAS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NO MERCADO DE TRABALHO

A discriminação contra transexuais femininas e travestis é mais marcada do que de outros indivíduos LGBT, uma vez que a sociedade não é apenas “heterocentrada” mas também “machocentrada”. Dessa forma, o processo de feminilização dessas pessoas é visto, por diversas vezes, como uma afronta dupla: ao binarismo de gênero e à supremacia do sexo masculino, cuja negação e abdicação das características masculinas acabam sendo repudiadas.

Cada indivíduo possui sua realidade, sua história. Cada situação é única e específica, não sendo possível dizer que todas as travestis e transexuais exercem a prostituição por falta de outras alternativas e que não desejam estar ali. Mesmo porque muitas só viveram dessa forma até hoje e tem medo do desconhecido, medo da rejeição e medo de precisarem ser o que não são para serem aceitas em um emprego formal.

No entanto, é necessário apontar questões semelhantes a um número considerável de pessoas trans em suas histórias de vida: a dificuldade de obter

respeito em seu processo de questionamento ao binarismo de gênero, ao transitar entre o feminino e o masculino; a expulsão de casa e a falta de apoio familiar; a evasão escolar, devido à falta de preparo dos professores para lidar com a transexualidade e travestilidade e a dificuldade para obter um emprego formal, seja devido a não conclusão dos estudos ou ao forte preconceito que perpetua-se no mercado de contratações (AMARAL, 2013).

Sobre o assunto, no Plano Nacional de Enfrentamento da Epidemia de AIDS e das DST entre gays, HSH e travestis (BRASIL, 2007, p. 13) está disposto que:

A homofobia e a transfobia têm sido apontadas como elementos estruturantes da vulnerabilidade de gays, outros HSH e travestis. Elemento derivado da cultura machista, sexista e heteronormativa, ainda hegemônica na sociedade, acompanha os sujeitos em toda sua vida. A homofobia e a transfobia revelam-se, geralmente, na convivência familiar desencadeando uma sequência de barreiras a serem superadas. O efeito desses elementos negativos para a autoestima, as dificuldades na sociabilidade e a hostilidade na escola resultam, normalmente, na exclusão do convívio familiar e na descontinuidade da educação formal, projetando, entre outras, grandes dificuldades para a qualificação e entrada no mercado de trabalho. Ao estigma e à discriminação associam-se situações de vida vinculadas à clandestinidade, a um maior grau de vulnerabilidade e risco para diferentes tipos de situação e à marginalização. Os “guetos” que se estabelecem a partir desses contextos tornam-se espaços de acolhimento e inclusão e, simultaneamente, espaços produtores de subculturas de resistência e diversidade.

Assim, o contexto das transformações e hostilizações geralmente se iniciam na adolescência, relacionando-se ao período escolar. O *bullying* e a violência por inúmeras vezes não é suportado o que causa o abandono da escola pela vítima.

Desta feita, às travestis e transexuais é negado um dos direitos mais basilares garantidos constitucionalmente, o direito à educação, pelo simples fato de não corresponder às expectativas atribuídas aos gêneros. Berenice Bento (2008) afirma que as escolas, funcionam como uma das

principais instituições guardiãs das normas de gênero e produtora de heteronormatividade. Elas segregam essas pessoas “diferentes” e retiram o seu direito a educação com a máscara da evasão.

Da mesma forma, é o que ocorre em muitas famílias onde as pessoas trans, vítimas da violência e preconceito, acabam saindo de casa. Sem ter para onde ir e como se sustentar, recorrem à prostituição.

Don Kulick (2013, p. 65) atenta ao fato de que: “à medida que tais modificações [corporais] vão se tornando mais aparentes, os meninos quase sempre são expulsos de casa ou a abandonam por livre iniciativa”.

Necessário fazer uma ressalva acerca da “livre iniciativa” a que se refere Don Kulick: na maioria das vezes, não quer dizer que estava tudo bem no ambiente familiar e mesmo assim as travestis e transexuais resolveram abandonar o lar. Quer dizer que diante da falta de apoio e compreensão dos familiares, estas acabaram saindo de casa e recorrendo à prostituição.

Sem julgar moralmente quem exerce a prostituição ou mesmo a profissão em si, esta pode ser considerada por vezes uma profissão desumana, expondo as profissionais a risco e situações degradantes, apesar de ser considerada por muitos uma “vida fácil”.

Marcos Benedetti (2005, p. 46-47) em sua pesquisa sobre as travestis de Porto Alegre, observa que:

Uma das primeiras características que saltam à vista é a extrema dificuldade econômica de algumas travestis. Assim, às vezes, elas viam em mim uma possível fonte de solução para a opressão e a escassez que vivenciam diariamente. Em muitas oportunidades, pude observar o radical desespero de algumas travestis para conseguir dinheiro para matar a fome e pagar a cama do próximo dia. Isto demonstra que é absolutamente equivocada a crença de que a vida na prostituição é uma “vida fácil”.

Da mesma forma, Larissa Pelúcio (2005) observa que essa vida não pode ser considerada fácil. Muitas das garotas trans de programa entrevistadas por ela, afirmaram que esse cotidiano as faz beber muito e usar drogas. Acrescentou que “de cara limpa” é muito difícil suportar a

rotina da prostituição. Outras, alegaram que drogas é mais fácil enfrentar a ausência da família, a discriminação diária e o sentimento de solidão.

A prostituição, desse modo, aproxima-as dos traficantes, o que facilita o uso de drogas. Assim, além do álcool, as drogas mais consumidas por elas são cocaína e crack, levando muitas delas a fazerem programa pra sustentar o vício.

Isto posto, é possível afirmar que a prostituição pode ser considerada um fardo para muitas travestis e transexuais. Estas que só estão ali, expostas a violência, tratamento degradante, por não possuírem outra forma de sobrevivência.

DADOS DA PROSTITUIÇÃO E MARGINALIDADE

Segundo dados da ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais, retirados do Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades (2015), 90% das travestis e transexuais se prostituem no Brasil, ou seja, pequena parcela da população travesti e trans possui emprego formal.

O fato de se dedicarem à prostituição as expõem a riscos e as tornam mais vulneráveis em situações de violência. À noite os perigos são maiores. Elas fazem ponto nas ruas e acabam se expondo publicamente de uma forma que, não fosse a situação, elas teriam preferido evitar.

Em suas análises e vivências com travestis que pertencem à prostituição, Don Kulick (2013, p.47) dispõe que:

A exposição coloca as travestis em posição vulnerável, alvo fácil do assédio de policiais, motoristas, transeuntes, gente que passa em automóvel e ônibus. Na maioria das vezes, a violência vem por na forma de agressão verbal, mas não são raros os casos em que gangues de jovens espancam travestis. Também é comum ver gente que passa de carro lançar pedras e garrafas sobre elas. Algumas vezes chegam a disparar armas de fogo contra travestis em plena rua. Normalmente as pessoas que cometem esses crimes não são identificadas nem detidas. E quando o são, recebem penas leves da justiça.

Como se pode observar, a violência sofrida pelas travestis acontece corriqueiramente, não ocorrendo de forma diferente com as transexuais. Da mesma forma, constata Larissa Pelúcio (2005) em suas entrevistas onde presenciou noites de muita “função”: homens passavam em carros, motos e até de bicicleta, todos com o objetivo de rirem, humilharem e se divertirem às custas das trans que se prostituíam. “Fazer função” é o termo usado pelas trans para se referirem à violência sofrida, como “jogar ovos, garrafas, cuspir e outras ações violentas. Quando a violência é mais explícita, envolvendo danos físicos, elas chamam de curra. Essas travestis contam que não faz muito tempo que sofreram uma curra” (PELÚCIO, 2005, p. 230-231).

Assim, esses ocorridos refletem a forma que muitas pessoas veem as travestis e transexuais: como motivo de chacota, pessoas que não merecem respeito e não como seres humanos que como quaisquer outros que possuem direitos e merecem ser tratados com dignidade.

Os últimos dados da violência apresentados pela Secretaria de Direitos Humanos (SDH) também vão de encontro com o já exposto. O relatório sobre a violência homofóbica referente ao ano de 2013, em relação aos homicídios sofridos demonstra que as vítimas são: 95,2% do sexo biológico masculino e 4,8 do sexo biológico feminino; 53,4% identificados como gays, 29% identificadas como travestis, 4,4% identificadas como lésbicas, 0,8% mulheres transexuais, 0,4% como homens transexuais (SDH, 2016).

Já segundo o banco de dados do Grupo Gay da Bahia (GGB), atualizados diariamente no site “Quem a Homotransfobia Matou Hoje”, 318 indivíduos do segmento LGBT foram assassinados no Brasil em 2015. Isso significa um homicídio a cada 27 horas. Dentre eles, foram caracterizados como 52% gays, 37% travestis 16% lésbicas, 10% bissexuais. Porém, proporcionalmente, as travestis e transexuais são as mais vitimadas, sendo que o risco uma trans ser assassinada é 14 vezes maior que um gay (GRUPO GAY DA BAHIA, 2016).

Fazendo uma comparação com os Estados Unidos, onde foram assinadas 21 trans no ano de 2015 — enquanto no Brasil foram 119 — têm-se nove vezes mais chance de ocorrer o homicídio de uma trans brasileira do que uma trans norte-americana. Segundo a organização internacional

Transgender Europe (2016), a situação no Brasil é especialmente preocupante: aqui concentram-se 40% dos casos de assassinatos trans mundialmente notificados, desde janeiro de 2008; e 42% dos casos mundiais que ocorrem por hora em 2016.

Esses dados referem-se apenas a homicídios. Existem, ainda, muitas outras formas de violência, não só física como moral. O medo constante, um xingamento, a ausência dos direitos humanos mais basilares, dentre outras omissões demonstram a vulnerabilidade a que estão submetidos os transexuais e travestis, situações que deflagram o desrespeito à condição digna de um ser humano e que, muitas vezes, deixam até mesmo de serem verificadas pelos índices de violação do Estado.

REINserÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DO TRABALHO

O trabalho é central na satisfação das necessidades humanas e nas relações entre os indivíduos. Muito além da sobrevivência, é mediante o trabalho que é possível se relacionar com pessoas de tipos diversos e criar importantes relações interpessoais. O trabalho contribui principalmente para desenvolvimento pessoal e o reconhecimento social.

Geralmente, os indivíduos passam a maior do seu dia trabalhando, passando mais tempo com os colegas de trabalho do que com outras pessoas ou familiares. Destarte, o trabalho tem um grande impacto na vida das pessoas, tornando-se um processo de evolução pessoal, de participação social e possibilidade de contribuir para a evolução da humanidade de forma geral.

Devido a sua importância, o direito ao trabalho é um direito fundamental de qualquer indivíduo sendo garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) tanto quando constitucionalmente na Constituição Federal de 1988. Porém, não é qualquer forma de trabalho que se enquadra nos moldes fundamentais. É direito de todos trabalhar com dignidade, em condições adequadas, seguras e saudáveis.

Desta feita, é possível afirmar que as travestis e transexuais não possuem seu direito ao trabalho efetivado. Ora, se 90% delas trabalham no mercado informal da prostituição, em situação de perigo constante, forçadas a esta situação como ultima opção de sobrevivência, isso não pode ser considerado trabalhar com dignidade, muito menos em condições seguras e saudáveis.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) também dispõe sobre as condições mínimas para se exercer um trabalho de forma digna e quais as medidas os países-membros devem adotar. O Brasil é membro da OIT, tendo ratificado a Convenção nº 111 desta organização e promulgada através do Decreto nº 62.150 de 19 de janeiro de 1968, o qual dispõe que os países-membros devem proteger as pessoas contra a discriminação relacionada ao trabalho e proíbe a exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão (BRASIL, 1968).

O Brasil também adota os Princípios de Yogyakarta, que dispõem sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. No capítulo sobre o direito ao trabalho disposto nos Princípios de Yogyakarta (PRINCÍPIOS, 2007, p. 20) está que:

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para eliminar e proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero no emprego público e privado, inclusive em relação à educação profissional, recrutamento, promoção, demissão, condições de emprego e remuneração;
- b) Eliminar qualquer discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero para assegurar emprego e oportunidades de desenvolvimento iguais em todas as áreas do serviço público, incluindo todos os níveis de serviço governamental e de emprego em funções públicas, também incluindo o serviço na polícia e nas forças militares, fornecendo treinamento e programas de conscientização adequados para combater atitudes discriminatórias.

Como se pode observar, é dever dos Estados tomar as medidas necessárias para coibir qualquer discriminação, inclusive com base na orientação sexual e identidade de gênero e assegurar oportunidades de emprego para todos.

Nesse sentido, é obrigação do Estado promover empregos às travestis e transexuais. Estas se encontram marginalizadas e correndo risco de morte. É necessário assegurar efetivação do direito ao trabalho, visando promover a cidadania e proteger a dignidade da pessoa humana.

AÇÕES AFIRMATIVAS PARA REINserÇÃO SOCIAL

À vista disso, é necessário a criação de políticas públicas para a efetivação dos direitos mais basilares das travestis e transexuais como à educação e ao trabalho. Dentre as políticas públicas, existem as ações afirmativas ou também conhecidas como “discriminação positiva”, uma importante diretriz para solucionar o problema da exclusão social.

O jurista brasileiro e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 22) assegura que a discriminação positiva:

Consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no “mainstream”, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão.

Assim, essa modalidade de discriminação, tem caráter redistributivo e restaurador e é destinada a corrigir as situações de desigualdades sociais dispostas pelo próprio homem, histórica ou culturalmente.

¹ Enfatiza a necessidade de proteção aos direitos humanos, tendo sido proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de Dezembro de 2000.

As políticas de ação afirmativa se distinguem das demais políticas públicas que visam os mesmos objetivos mediatos pela sua forma de agir. Estas operam-se pelo estabelecimento de tratamentos juridicamente desiguais e mediante restrição a igualdade formal, ampliando a igualdade em sentido material. O foco é a concretização do princípio da igualdade que ao invés de buscar a coibição do tratamento discriminatório, combate a discriminação indireta, aquela ocasionada por uma desigualdade não originária de atos concretos ou da manifestação direta da discriminação, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas neutras, com potencial discriminatório.

Desse modo, as ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação no presente mas eliminar os efeitos persistentes da discriminação do passado que se perpetuaram. Esses efeitos são demonstrados na discriminação estrutural, irradiada nas desigualdades sociais entre os segmentos dominantes e os segmentos marginalizados.

Uma ação afirmativa, como qualquer política pública, inicia-se na formulação das decisões, priorizando os problemas sociais a serem enfrentados e buscando soluções através de planejamentos, programações, atos normativos etc. Portanto, as políticas de ação afirmativa, pressupõem a ocorrência de desigualdades fáticas que afetam um grupo social determinado. Pressupõem, ainda, uma decisão política para criação da ação afirmativa com a finalidade de superar ou atenuar essas desigualdades.

Se a intenção das ações afirmativas é dirimir os efeitos do preconceito, elevando o patamar social de indivíduos integrantes de minorias sociais ou de grupos vulneráveis, a implementação de políticas empregatícias às travestis e transexuais cumpre os requisitos para tais ações. Na seara dessa minoria sexual, fica evidente a necessidade da criação de políticas para retirá-las da rua e permitir a inclusão no mercado formal, visando assim, que estas obtenham um trabalho seguro e saudável.

As principais áreas contempladas pelas ações afirmativas são de fato o mercado de trabalho — contratação, qualificação e promoção de funcionários — e o sistema educacional, em especial o ensino superior e a

representação política. Isso se dá, pois a educação escolar e o trabalho são importantes formas de distribuição de renda e reinserção social.

Consoante, essas ações também têm como meta a implantação da diversidade e representatividade das minorias no âmbito público tanto quanto no privado. Partindo do princípio de que tais grupos geralmente não são representados em certas áreas seja no mercado de trabalho ou nos cargos públicos, seja nas instituições superiores, essas políticas tem o importante papel de fazer com que a ocupação dos cargos do Estado e do mercado de trabalho se faça em harmonia com indivíduos diversos socialmente e culturalmente (GOMES, 2001).

Visando às ações afirmativas para o segmento trans, é possível duas perspectivas de reinserção profissional: ações pessoais a travestis e transexuais com o propósito de valorizá-las como mão-de-obra importante e ao mesmo tempo obter o reconhecimento e aceitação do seu modo subjetivo, diverso, que foge as regras de gênero impostas socialmente; e a criação de políticas sociais de qualificação profissional para que promova a inclusão social e aceitação da diversidade sexual pela sociedade, para que através essa qualificação auxilie a inserção e permanência no contexto laboral, já que muitas não possuem nem ensino médio completo.

A necessidade da reinserção das travestis e transexuais no mercado é de tanta importância que já foram adotadas algumas importantes medidas a serem seguidas como exemplo para implementação por meio do Estado ou mesmo sua ampliação, a saber: na esfera privada foi criado o Projeto Transempregos e na esfera pública, o Projeto Damas e o Projeto Reinserção Social Transcidadania.

O Projeto Transempregos é uma iniciativa privada fundada em 2013 e se dá através de um site criado para divulgar e promover empregos às travestis e transexuais. Esse site é um intermediário entre as empresas e as trans, como uma agência de empregos. As trans se cadastram e passam a acompanhar as vagas de emprego ofertadas especificamente por empresas comprometidas com a diversidade sexual.

O Projeto Damas (2011) é um projeto criado pela Prefeitura do Rio de Janeiro, através da Coordenadoria Especial da Diversidade Social

juntamente com as secretarias municipais de Educação, Desenvolvimento Social, Saúde e Trabalho e Emprego. Esse projeto, iniciado em 2011, foi o primeiro projeto criado no âmbito governamental para reinserção social e profissional das travestis e transexuais, através do incentivo a escolaridade e capacitação para empregabilidade — com oficinas de trabalho, cursos de ética e comportamento, orientação vocacional, educação, entre outros. O projeto também oferece atendimento de saúde e garante estágio às trans em órgãos públicos.

Talvez o mais importante e inovador dentre eles é o Projeto Reinserção Social Transcidadania. Esse projeto foi instaurado pelo Decreto Municipal nº 55.874 de 2015, instituído pelo prefeito Fernando Haddad, o qual criou o Programa TransCidadania. Esse programa visa a promoção dos direitos humanos e o acesso à cidadania, por meio da qualificação das travestis e transexuais, oferta de condições de autonomia financeira e de enfrentamento da pobreza por meio de programas redistributivos, elevação da escolaridade, qualificação profissional e intermediação de mão-de-obra (SÃO PAULO, 2015). O Projeto Reinserção Social Transcidadania é, em linhas gerais, uma bolsa-auxílio para quem cumpre 30 horas semanais, frequentando atividades escolares e os cursos ministrados no Centro de Cidadania LGBT. As alunas além de frequentar as aulas e receber a bolsa, recebem atendimento psicossocial, pedagógico e médico.

Consoante todo o exposto é necessário incluir as demandas das travestis e transexuais na agenda de políticas públicas do Poder Executivo, nas esferas dos três níveis de governo, em especial em nível federal.

É necessário dar incentivo — como o fiscal — às empresas privadas pela contratação das travestis e transexuais, pois as empresas precisam se abrir à políticas que viabilizem a inclusão social. É necessário também, promover a qualificação das trans para que estas sejam mais facilmente empregadas, através da implementação de ações afirmativas, com a instauração das cotas trans nas universidades e nos concursos públicos. Fundamental também, a criação de programas como o Transcidadania à nível federal, para possibilitar que as travestis e transexuais sobrevivam de outra forma que não a prostituição enquanto possam terminar os estudos escolares e se qualifiquem para o mercado de trabalho, para que

tenham maior visibilidade e respeito no meio social, combatendo a visão estigmatizada que parte da sociedade possui e, dessa forma, inserindo-as no seio da sociedade, de forma menos desigual e menos excludente.

CONCLUSÃO

Apesar da discussão sobre a sexualidade e as diversas identidades ter se intensificado ultimamente, as minorias sexuais ainda encontram-se marginalizadas. A situação ainda é mais preocupante quando se trata das travestis e transexuais. Assim, mesmo com a criação de algumas políticas públicas para esse segmento, ainda são singelas as mudanças proporcionadas. A necessidade de políticas mais incisivas como as ações afirmativas se faz presente.

Incentivar e promover a profissionalização das travestis e transexuais é necessário para que estas possam ser inseridas no mercado formal de trabalho. Assim, o trabalho pode ser uma importante ferramenta de inclusão social e promoção da diversidade.

Para isso é necessário a criação de ações afirmativas como o cotas e bolsa-auxílio mensal, já implementadas a nível municipal como o Projeto Reinserção Social Transcidadania, mas que merece ser melhorado e ampliado a nível federal. Da mesma forma o incentivo às empresas para contratarem travestis e transexuais se faz necessário.

Por fim, é importante observar quão fundamental a implementação das ações afirmativas a esse segmento social, pois é diante do trabalho que é possível reconhecê-las como pessoas que possuem direitos não só formais perante a Constituição Federal mas também concretos como qualquer cidadão.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Clemente do. Travestis, transexuais e mercado de trabalho: muito além da prostituição. *In: 3 Seminário internacional enlaçando sexualidades*. Salvador, 2013. Disponível em: <http://www.uneb.br/enlacandosesexualidades/files/2013/06/Travestis-transexuais-e-mercado-de-trabalho-muito-al%C3%A9m-da-prostitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2016.

CLAM. *Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Tradução Jones de Freitas. Rio de Janeiro: CLAM, [2007]. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 15 jul. 2016.

BENEDETTI, Marcos. *Toda feita: o corpo e o gênero das travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BENTO, Berenice. *O que é transexualidade?* 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRASIL. Decreto nº 62.150 de 19 de janeiro de 1968. *Diário Oficial da União de 20.01.1968*. Brasília. Disponível em: <https://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/115875/decreto-62150-68>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União de 05.10.1988*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 de fev. 2021.

BRASIL. Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006. *Diário Oficial da União de 07.08.2006*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Programa Nacional de DST e Aids. Plano nacional de enfrentamento da epidemia de Aids e das DST entre gays HSH e travestis*, Brasília, [s.n], versão preliminar; 2007. 36 p. tab, graf.

BRASIL. Lei 13.104 de 09 de março de 2015. *Diário Oficial da União de 09/03/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. Acesso em: 04 fev. 2021.

CENTRO de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades. *No mundo do trabalho, travestis e transexuais permanecem excluídas*. [s.l.], 08 jun. 2015. Disponível em: <http://www.ceert.org.br/noticias/direitos-humanos/7155/no-mundo-do-trabalho-travestis-e-transexuais-permanecem-excluidas>. Acesso em: 03 ago. 2016.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório 2015 de assassinatos LGBT*. Bahia, 2016. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/2016/01/28/assassinato-de-lgbt-no-brasil-relatorio-2015/>. Acesso em: 04 fev. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KULICK, Don. *Travesti: prostituição, gênero, sexo e cultura no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

PELÚCIO, Larissa. Na noite nem todos os gatos são pardos: notas sobre a prostituição travesti. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 25, p. 217-248, dec. 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332005000200009&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 04 fev. 2021.

PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. Coordenadoria Especial da Diversidade Sexual (CEDS-RJ). *PROJETO DAMAS*. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/cedsrio/exibeconteudo?id=6959540>. 29/01/2017. Acesso em: 03 de fev. 2021.

PROJETO *Transempregos*. 2013. Disponível em: <http://www.transempregos.com.br/>. Acesso em: 05 ago. 2016.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Decreto Municipal nº 55.874 de 2015. *Diário Oficial do Município de São Paulo de 29.01.2015*. São Paulo. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-55874-de-29-de-janeiro-de-2015>. Acesso em: 04 fev. 2021.

SCOTT, Joan. O enigma da igualdade. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 13, n.1, p. 11-30, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104026X2005000100002>. Acesso em: 30 jun. 2016.

Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH. *Relatório da violência homofóbica no Brasil: ano de 2013*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/RelatorioViolenciaHomofobicaBR2013.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.

TRANSRESPECT. *Transgender Europe. International day against homophobia, transphobia & biphobia (IDAHOT) press release already 100 reported murders of trans people in 2016*. [s.l.] 2016. Disponível em: <http://transrespect.org/en/idahot-2016-tmm-update/>. Acesso em 04 fev. 2021.

BIBLIOGRAFIA

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

“LUTA POR RECONHECIMENTO”: O CASO KAYAPÓ MÊTYKTIRE

*Michelle Carlesso Mariano*¹

*Alessandro Mariano Rodrigues*²

INTRODUÇÃO

A emancipação dos atores sociais ocupa um lugar central na Escola de Frankfurt³ desde seus primórdios e o desvelamento dos obstáculos a ela a tarefa de seus membros no âmbito da “Teoria Crítica”. De maneira geral, pode-se dizer que uma teoria é crítica se, justamente, promover essa emancipação. Nesse sentido, os estudos não se limitam aos aspectos descritivos de uma realidade social, mas buscam construir as bases normativas para promover a superação das situações de dominação e opressão em que os sujeitos estão submetidos.

¹ Doutora em Ciências Sociais, área de antropologia, na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP, campus de Marília. E-mail: michellecarlessomariano@gmail.com.

² Aluno de doutorado em Ciências Sociais, área de antropologia, na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP, campus de Marília. E-mail: alessandromarianorodrigues@gmail.com.

³ De acordo com Nobre (2003), a expressão “Escola de Frankfurt” surgiu apenas em 1950, quando o Instituto de Pesquisa Social retornou à Alemanha depois de passar por Genebra, Paris e Nova York durante o regime nazista. É uma expressão retrospectiva que teve um importante papel para fortalecer e amplificar as intervenções no debate pós-guerra, tanto no âmbito acadêmico como na esfera pública da Alemanha.

Segundo Horkheimer, uma teoria crítica adequada precisa ser normativa, prática e explicativa, “deve explicar o que está errado com a realidade social em determinado momento histórico, identificar os atores que dispõem de potencial para modificá-la e proporcionar normas para o exercício da crítica” (apud SCHUMAKECHER, 2008, p. 118). As teorias críticas posicionam-se como guias para ações humanas, daí a necessidade de sua base normativa explícita.

Em relação ao conflito, considera-se de maneira geral que é inerente à sociedade. A teoria social trata do tema a partir de diversas abordagens e modelos. Dentre esses, os modelos críticos são os que melhor proporcionam esclarecimento teórico-metodológico da moralidade do conflito. A importância de tal abordagem está na sua contribuição para desvelar situações de desrespeito ou distorções que comprometem a capacidade dos atores sociais de progredir. A partir de uma abordagem que considera o conflito como uma questão moral, em que certas regras obrigatórias são burladas para uma das partes pela outra, pretende-se reconstruir a visão dos atores sociais envolvidos, os Kayapó *Mětyktire*, evidenciando sua agência, como, o que e por que se posicionam em disputas, situações empíricas em que mobilizam seus valores, onde a própria cultura é utilizada como bandeira de demanda para sustentar suas respectivas ações.

1. MODELO DE RECONHECIMENTO: A ABORDAGEM CRÍTICA DO CONFLITO

Quando se fala em conflito, o conceito de agência torna-se importante para se pensar a atuação dos sujeitos sociais. Segundo Giddens (2003) as características que definem o agente são o “monitoramento reflexivo da atividade”, característica da ação cotidiana que envolve a conduta não somente do indivíduo, mas do grupo, vejamos: “os atores não só controlam e regulam continuamente o fluxo de suas atividades e esperam que outros façam o mesmo por sua própria conta, mas também monitoram rotineiramente aspectos, sociais e físicos, dos contextos em que se movem” (GIDDENS, 2003, p. 6). Outra característica do agente é a “racionalização da ação”, pois os atores sociais mantêm um entendimento

das bases de suas atividades e, por fim, o “motivo da ação” refere-se ao potencial para a ação e não como essa ação é executada. Em relação à natureza da agência humana, Giddens (2003, p. 9) afirma que esta só pode ser definida em termos de intenções, ou seja, “é preciso que o realizador tenha a intenção de o manifestar, caso contrário o comportamento em questão é apenas uma resposta reativa”. Apesar de ação intencional, a agência é sobretudo a capacidade de realizar tais coisas. Tem-se, então, que a agência se define pela ação intencional e competência dos atores sociais de explicarem o que fazem.

Dentro da abordagem crítica do conflito, Honneth (2003, p. 265) afirma que “os confrontos sociais se efetuam segundo o padrão de uma luta por reconhecimento”. Para ele, as lutas e conflitos históricos desempenham uma função para o estabelecimento de um “progresso moral na dimensão do reconhecimento”. Sendo assim, devem ser explicadas pelo sentimento coletivo moral de injustiça oriundo de experiências de desrespeito e evidenciar a lógica moral dessas lutas sociais, sendo que “uma luta só pode ser caracterizada como ‘social’ na medida em que seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a um ponto em que eles podem se tornar a base de um movimento coletivo” (HONNETH, 2003, p. 256).

Contra este modelo de conflito por reconhecimento pesa aquele utilitarista, de viés econômico, que “atribuem o surgimento e o curso das lutas sociais a tentativa de grupos sociais de conservar ou aumentar seu poder de dispor de determinadas possibilidades de reprodução” (HONNETH, 2003, p. 261). Para o último, os movimentos sociais surgem numa perspectiva de “interesse”, resultantes da distribuição desigual objetiva de oportunidades materiais, desligado das atitudes morais emotivas da vida cotidiana. Em relação a este modelo, Honneth (2003, p. 263) argumenta que

[...] mesmo aquilo que, na qualidade de interesse coletivo, vem a guiar a ação num conflito não precisa representar nada de último e originário, senão que já pode ter se constituído previamente num horizonte de experiências morais, em que estão inseridas pretensões normativas de reconhecimento e respeito - esse é o caso, por exemplo, em toda parte onde a estima social de uma pessoa ou de

um grupo está correlacionada de modo tão unívoco com a medida de seu poder de dispor de determinados bens que só a sua aquisição pode conduzir ao reconhecimento correspondente.

A base normativa de Honneth é a concepção de interação social como uma rede de distintas relações de reconhecimento, presente no pensamento de Hegel e Mead, para quem os indivíduos se identificam em cada uma das dimensões de sua autorrealização, a saber, o amor, o direito e a estima. Do jovem Hegel, Honneth reconstruiu sistematicamente os argumentos, baseados na razão, sobre as três formas de reconhecimento que contêm o potencial para uma motivação dos conflitos. Por sua vez, da psicologia social de G. H. Mead obteve a inflexão empírica para fundamentar seus pressupostos normativos, originando no plano de uma “teoria da intersubjetividade um conceito de pessoa em que a possibilidade de uma auto-realização imperturbada se revela dependente de três formas de reconhecimento (amor, direito e estima)” (HONNETH, 2003, p. 24).

A tese de Honneth é que os grupos sociais procuram articular publicamente os desrespeitos e as lesões vivenciados como típicos e reclamar contra eles, tanto pela força material como pela simbólica ou mesmo passivamente. Esse modelo explicativo sugere que os motivos da resistência social “se formam no quadro de experiências morais que procedem da infração de expectativas de reconhecimento profundamente arraigadas” (HONNETH, 2003, p. 257). Essas expectativas estão ligadas às condições de formação da identidade pessoal, retendo os padrões sociais de reconhecimento: amor, direito e estima. Uma vez que essas expectativas normativas são desapontadas pela sociedade, desencadeia no indivíduo a experiência moral que se expressa no sentimento de desrespeito e o motiva ao conflito a fim de obter reparação pelos danos sofridos.

Dito isso, traçamos um panorama do pensamento indígena relativo às suas categorias vernáculas para compreender, na concepção de Honneth, as premissas normativas, as representações morais cotidianas que motivam os *Mětyktire* ao conflito: a relação pessoa-lugar, posse do território, consciência cultural, atitude belicosa.

2. O CASO *KAYAPÓ MĚTYKTIRE*

A Terra Indígena Capoto/Jarina é habitada, na sua maioria, pelo povo Kayapó *Mětyktire*.⁴ Está localizada no norte do estado de Mato Grosso e é ladeada pela MT-322 que a atravessa e faz divisa entre a T.I. mencionada e a T.I. Parque do Xingu. Os *Mětyktire*, assim como outros grupos indígenas, são popularmente conhecidos como Kayapó, nome de origem tupi e com conotação pejorativa:⁵ *k'aya* “macaco”, *po* “parecido”, “semelhante” (TURNER, 2009, p. 311). Pertencem ao tronco linguístico Macro-Jê, subgrupo Jê Setentrional.⁶ *Měbêngôkre* é uma autodefinição que significa “gente do espaço dentro da(s), ou entre a(s) água(s)” (TURNER, 2009, p. 311) e *Mětyktire* (*mě*: humano, homem, coletivizador; *tyk*: preto; *tire*: grande) é o nome pelo qual o grupo passou a referir-se a si após uma cisão, entre as décadas 40 e 50.

O *Mětyktire* teve seu primeiro contato oficial com os irmãos Villas Bôas em 1952 na expedição Roncador-Xingu (LEA, 1997, p. 101-102). Transferiram-se então para a região conhecida como Porori em 1964. A construção da BR-080, atual MT-322, conforme os relatos de Lea (2012, p. 18-21), atravessou o então Parque do Xingu na tentativa de disponibilizar a porção que ficou ao norte da respectiva estrada para a colonização por não índios. Para assegurar a posse do território, Rop-ni, conhecido como cacique Raoni, liderou um grupo *Mětyktire* com aproximadamente quatrocentos indivíduos e mudaram-se rio Xingu acima uns 20 km da estrada, dentro dos limites do Parque, criando assim a aldeia Kretire. Outro grupo permaneceu próximo a cachoeira Von Martius, oeste do rio Xingu e fora dos limites do Parque. Os indígenas passaram a reivindicar uma

⁴ Segundo dados do ISA (Instituto Socioambiental), referentes ao ano de 2010, obtidos a partir de uma rede de colaboradores que trabalham com os povos, dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI) e das Coordenações Regionais e Coordenações Técnicas Locais da Funai, a T.I. Capoto/Jarina possui 1.388 pessoas, sendo que 1.164 são Kayapó *Mětyktire* e 160 são *Tapayuna*.

⁵ Para Tim Ingold (1995, p. 39) “as noções de humanidade e de ser humano determinaram, e foram, por sua vez, determinadas, pelas idéias acerca dos animais”. O autor considera fundamental a distinção de humano como espécie e como condição, sendo que a segunda é uma concepção cultural do que é ser humano. É diferente perguntar o que é ser humano e o que significa ser humano.

⁶ Segundo os trabalhos de Curt Nimuendajú (1952), Simone Dreyfus (1962), Terence Turner (1966), Lux Vidal (1977), Verswijver (1992) e outros, os Jê Setentrionais incluem os Timbira Orientais que se subdividem em *Apâniekra* e *Ramkokamekra* (Canelas), *Krabó*, *Parkatêjê* ou Gavião, *Pukobje*, *Křikati* e Krenje; os Apinayé conhecidos também como Timbira Ocidentais, os Suyá, os Tapayuna, os Panará e os *Měbêngôkre* que, por sua vez, se subdividem em Gorotire, *Měkrągnóti*, *Mětyktire*, Kararaó e Xicrin.

faixa de terra a leste do rio Xingu para, com isso, impedir a aproximação de não índios às margens do rio. Nesse período, expulsaram do local um pequeno povoamento de não índios, frustrando a instalação do que seria a atual cidade de São José do Xingu e, para apaziguar os conflitos e garantir o tráfego, permaneceu no local um posto policial.

Para reivindicar a aceleração nos processos demarcatórios das Terras Indígenas, em 1984 um grupo com representantes de várias etnias da região tomou a balsa de travessia do rio Xingu que era administrada por particulares. Em atendimento às demandas indígenas, o posto policial foi retirado do local e o órgão indigenista criou um Posto Indígena de Vigilância, o PIV Piaraçú e através dos Decretos Federais nº 89.643 e nº 89.618 foram reconhecidas duas reservas indígenas que na homologação, em 1.991, foram unificadas como a T. I. Capoto/Jarina.

Numa concepção sociocosmológica ideal, as aldeias *mêbêngôkre* são organizadas de modo que o centro corresponda ao zênite solar e é ocupado pela *ngà*, a “casa dos homens”, um polo político onde os homens são educados desde meninos. Para Lea (1994, p. 96), “a casa dos homens [...] direciona o olhar para além da aldeia, e os homens são os responsáveis por aquilo que diz respeito ao mundo exterior”, ou seja, as caçadas, os inimigos, o Estado e tudo o que dele provém como saúde e educação. Já o polo feminino é representado pelas habitações que, sempre abertas para o centro, representam a “matricasa”,⁷ encenando o papel das mulheres na sociedade, ou seja, questões que dizem respeito ao interior dessa sociedade, tanto a sua nutrição como a sua reprodução, no sentido ritualístico e simbólico, a transmissão dos nomes, bens e prerrogativas dentro de estruturas de parentesco verticais. São uxori-locais, quando os homens se casam, mudam-se para a casa da mulher, da sogra, de maneira que o domínio espacial é sempre feminino. Vanessa Lea considera que a organização social *Mětyktire* é um complexo que sobrepõe as “Casas”, com letra maiúscula, enquanto pessoas morais,

⁷ Lea (1999, p. 180) estabeleceu a categoria “matricasa” como “pessoas morais, detentoras de um patrimônio de bens simbólicos: nomes pessoais e prerrogativas”, como papéis cerimoniais e adornos transmitidos dentro de uma matrilinearidade vertical.

elementos matrilineares, pois a descendência é uterina e vertical, como também elementos patrilineares, herdando dos pais os “amigos formais”.⁸

A “matricasa” é dona de um determinado espaço no círculo da aldeia, em uma analogia ao formato de pizza, determinado pela posição da trajetória solar leste/oeste. Os espaços dentro do território são organizados através das relações de parentesco. Já na categoria de bens materiais e simbólicos, o *nekretx* é definido como tudo que pode ser acumulado, incluindo adornos manufaturados que pertencem exclusivamente a uma Casa, cuja prerrogativa pode ser mitológica ou mesmo bens industrializados. Já os nomes, outra categoria de bens herdáveis dentro de uma estrutura social, também são propriedades das matricasas. Para Lea (1994, p. 95) “os nomes pessoais e os demais bens herdáveis são categorias polissêmicas com conotações de alma ou de genes – ou seja, aquilo através do que os antepassados vêm se reciclando desde os tempos míticos”. Portanto, pode-se afirmar que na concepção indígena espaço⁹ e pessoa¹⁰ são indissociáveis. Cada pessoa está ligada à uma matricasa que, por sua vez, é proprietária física e simbólica de uma determinada porção de espaço e a posse do território é o fundamento de mobilizações que envolvem demandas políticas, visto que é vital para a sobrevivência da comunidade em suas estruturas sociais.

⁸ A antropóloga Manuela Carneiro da Cunha (1986), em referência à etnia Jê *Krabó* escreve que pode haver uma noção de pessoa, um princípio de autonomia, de dinâmica própria, princípio tal que deve ser procurado e não postulado. Disso que trata a amizade formal. “1) a amizade formal entre os *Krabó* devia ser entendida como consistindo essencialmente em uma relação de evitação e solidariedade entre duas pessoas, *conjugada* com relações prazenteiras assimétricas de cada qual com os pais de Seus parceiros: insistia, então, que essas duas relações eram pensadas como um todo, e não isoladamente, e como tal deviam ser analisadas em conjunto; e implicava, além disso, que a ligação da instituição de amizade formal com os nomes próprios era secundária, ou seja; era a modalidade *Krabó* do tema jê mais amplo da amizade formal: 2) analisando os contextos em que intervêm os amigos formais, distinguia dois tipos de situações: o primeiro tipo diz respeito a danos físicos, como queimaduras, picadas de marimbondos ou de formigões, em que o amigo formal é chamado para sofrer na pele precisamente a mesma agressão física de que foi vítima seu parceiro; enquanto o outro tipo se refere aos ritos de iniciação e fim de resguardo do assassino, quando os amigos formais permitem a reintegração de um *Krabó* segregado do convívio social e, eventualmente, sua instauração em uma nova condição social.”

⁹ Basso (1996) afirma que os lugares são construídos e partilhados socialmente e, sempre que são aceitos por outras pessoas como algo crível, enriquecem estoques comuns sobre o qual essas pessoas ou grupos podem refletir sobre os acontecimentos passados, interpretá-los e imaginá-los novamente. A vida dos povos e as configurações em que vivem constituem uma “interanimação” nas palavras do antropólogo, pois os laços que ligam as pessoas a um lugar são profundamente vitais.

¹⁰ Mauss (2013, p. 374) afirma que, em clãs indígenas, a pessoa era atrelada aos laços de sua comunidade pelo nome que o ligaria dentro de um clã específico que configuraria um conjunto total: “o clã se considera constituído por um certo número de pessoas, na realidade de personagens e, de outro lado, o papel de todos esses personagens é realmente o de figurar, cada um na sua parte, a totalidade prefigurada do clã”.

Esse fenômeno de autoconsciência cultural pelos povos indígenas refletiu nos instrumentos legais, tanto internacionais como nacionais. A OIT nº 169¹¹ de 1989, além de tratar dos direitos da população indígena a terra e de suas condições de trabalho, saúde e educação, inova no critério de definição dos povos indígenas com a noção de “autoidentidade”, critério esse adotado e aceito hoje que define grupos étnicos como “formas de organização social em populações cujos membros se identificam e são identificados como tais pelos outros, constituindo uma categoria distinta de outras categorias de mesma ordem” (BARTH, 1969, p.11 apud CUNHA, 2009, p. 251). Assim, entende-se etnia em termos de adscrição, ou seja, é índio quem se considera e é considerado pelos outros como índio. Outra inovação da OIT nº 169 é a distinção adotada entre o termo “populações”, que traz a denotação de transitoriedade e contingencialidade, e o termo “povos”,¹² que “caracteriza segmentos nacionais com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e relação especial com a terra que habitam” (CONVENÇÃO n. 169, 2011, p. 8). Nesse mesmo contexto de discussão, antropólogos e juristas no Brasil tratavam sobre os direitos dos povos indígenas na constituinte de 1988. A questão legal dos índios e suas terras fundamenta-se nos “direitos originários”, que considera o indigenato um título congênito de posse territorial e baseia-se na noção de “dívida histórica” que o Brasil tem com a população indígena.

Se, por um lado, a identificação de uma pessoa a um grupo étnico implica compartilhamento de “critérios de avaliação e julgamento” (BARTH, 2011, p. 196), “jogar o mesmo jogo”, por outro, a dicotomização do outro como um estrangeiro, aquele que pertence a outro grupo étnico, “implica que se reconheçam limitações na compreensão comum, diferenças de critérios de julgamento, de valor e de ação, e uma restrição da interação em setores de compreensão comum assumida e de interesse mútuo”. Daí, dessa limitação na compreensão do outro sobre a concepção de mundo indígena, surgem os desrespeitos¹³ e, conseqüentemente, a resistência coletiva procedente,

¹¹ A OIT n. 169 foi ratificada pelo Brasil em 2002.

¹² O termo “povos” limita-se ao âmbito das competências do referido texto, sem aplicação que contrarie outras acepções previstas no Direito Internacional.

¹³ As formas de desrespeito que podem motivar os sujeitos à luta, conforme Honneth, são: 1) os maus-tratos corporais; 2) sujeitos excluídos de posse de determinados direitos no interior de uma sociedade; 3) referência negativa do valor social de indivíduos ou grupos. “As reações negativas que acompanham no plano psíquico a

conforme argumenta Honneth (2003, p. 259), “da interpretação socialmente crítica dos sentimentos de desrespeito partilhados em comum”.

Conforme Geertz (1999, p. 74), “a estranheza não começa nos limites da água, mas nos da própria pele” e o outro que em um passado remoto era codificado como o “não humano”¹⁴ passa, em um momento presente, a ser aquele com quem o indígena precisa dialogar. A relação com esse outro – Estado – faz-se através da identidade enquanto linguagem que por sua própria natureza é de oposição, seja nos sinais diacríticos característicos como a língua, indumentária, gestuário, seja nos valores morais que estão em jogo: um discurso “culturalista” pela preservação da vida e do meio ambiente, pelo respeito aos direitos adquiridos como a terra, a saúde, a educação etc., e um discurso estatal, capitalista e opressor.

As Terras Indígenas tornaram-se alvo de ambição frente à política governamental de exportação de *commodities*, o que elevou o preço destas e das terras. Com isso, a bancada ruralista do Congresso brasileiro criou um instrumento para cercar os direitos de posse e usufruto das terras, que a própria Constituição afirma serem “direitos imprescritíveis” por parte dos povos indígenas e inviabilizar a demarcação de novas terras, legalizar a invasão, a posse e a exploração das Terras Indígenas já demarcadas. Referimo-nos a PEC 215/2000. Além disso, o projeto transfere ao Legislativo a prerrogativa de oficializar Terras Indígenas, Unidades de Conservação e Territórios Quilombolas, o que na prática significa o fim de todos os processos demarcatórios, e inclui a promulgação da Constituição (05/10/1988) como marco temporal para a comprovação da posse indígena. Tal projeto foi arquivado em dezembro de 2014, mas, ao que tudo indica, está em vias de “ressuscitar”.

Os indígenas como um todo se uniram contra tal proposta, de maneira que as identidades de cada etnia foram contextualmente suplantadas por uma identificação geral. Há um desrespeito contra tudo o que o indígena

experiência de desrespeito podem representar de maneira exata a base motivacional afetiva na qual está ancorada a luta por reconhecimento” (HONNETH, 2003, p. 219-220).

¹⁴ Para Lévi-Strauss (1976), a humanidade, enquanto concepção local acaba nas próprias fronteiras tribais. Esse fato é percebido na maneira como os grupos se designam, geralmente com termos que significam “homem”, ou “bons”, “perfeitos”, em relação aos outros que não participam das mesmas virtudes ou da mesma natureza humana. Em relação ao *mëbêngôkre*, além da autodefinição há a definição do outro, o *kubë*, tido como o não *mëbêngôkre*, o estrangeiro, “seres estranhos” (LUKESCH, 1976, p. 14).

representa, uma vez que fora de suas terras não conseguiriam reproduzir seu sistema social e estariam fadados ao desaparecimento, diluídos na sociedade nacional na “pobreza estrutural”. Pode-se observar no ocorrido duas lógicas em confronto: por um lado, a lógica utilitarista do Estado que vê a questão sob o viés econômico, ou seja, diferença de “interesses” e que procura gerir apenas o conflito em si e não as suas origens, não há uma visão emancipatória dos sujeitos, age de maneira imediatista utilizando a “teoria do jogo”, uma “perspectiva objetivista”, conforme aponta Vargas (2007, p. 193), que “procura as origens dos conflitos na situação político-social e na estrutura da sociedade”. Nesta lógica prevalece a “razão utilitária” (ZHOURI; LASCHEFSKI, 2007), na qual o meio ambiente é considerado uno e composto unicamente de recursos materiais, expresso em quantidade e sem conteúdos socioculturais. Por outro lado, tem-se a lógica do reconhecimento motivada por experiências morais coletivas de desrespeito. Honneth afirma que esses sentimentos podem tornar-se a base motivacional de resistência coletiva, pois são comprovadamente típicos de um grupo inteiro, onde prevalece uma “razão cultural” (ZHOURI; LASCHEFSKI, 2007), que considera o meio ambiente múltiplo em qualidades socioculturais, não há ambiente sem sujeito.

Nos diversos protestos que acompanharam as tentativas de votação do referido projeto, os indígenas usaram símbolos culturais que possuíam significados diferentes daqueles inerentes aos grupos e só por eles identificados. Esses sinais diacríticos adquiriram uma nova função no cenário de demanda: a identificação daquele indivíduo enquanto indígena, opositor, aquele que seria prejudicado por tal proposta e que estava manifestando sua indignação.

No caso dos *Mêbêngôkre*, além de participarem ativamente das manifestações em Brasília, os subgrupos étnicos uniram-se e pronunciaram-se como um único povo. Assim o fizeram através de um manifesto aberto, onde afirmaram que, juntos, repudiam a PEC 215 e a reconhecem como uma tentativa de cerceamento de direitos constitucionalmente reconhecidos após quase quinhentos anos de opressão. Vejamos uma parte do manifesto:

400 caciques e lideranças Mebengôkre/Kayapó de todas as aldeias das Terras IndígenasKayapó, Menkragnoti, Badjonkôre, Baú,

Capoto/Jariná, Xicrin do Catete, Panará e LasCasas, localizadas nos estados do Pará e Mato Grosso, com apoio dos caciques do povo Tapayuna e Juruna, também do estado Mato Grosso, juntos estivemos reunidos na Aldeia Kokraimoro-PA, margem direita do rio Xingu, entre os dias 03 a 05 de junho de 2013.

Comunicamos ao governo brasileiro e a sociedade que repudiamos os planos do Governo Federal e do Congresso para diminuir os nossos direitos tradicionais e direitos sobre nossas terras e seus recursos naturais.

A PEC 215 que transfere do poder executivo ao Congresso Nacional a aprovação de demarcação e ratificação das Terras Indígenas já homologadas é uma afronta aos nossos direitos. Dizem que as referidas demarcações seriam participativas e democráticas, mas sabemos que esta proposta é uma estratégia clara da bancada ruralista para não demarcar as Terras Indígenas e diminuir os tamanhos das nossas terras já demarcadas e homologadas.¹⁵

O manifesto foi redigido depois de uma longa reunião entre as etnias que se autodenominam *Mēbêngôkre*. Os *Mētyktire* partiram da aldeia Piaraçú, local onde se concentraram para o evento. Durante uma semana, os guerreiros chegavam de suas respectivas aldeias na T. I. Capoto/Jarina e eram preparados pelas mulheres com pinturas corporais. Colocaram seus respectivos *nekretx*, símbolos culturais, adornos, que os identificam como pertencentes a uma matricasa e, de ônibus, partiram sérios e compenetrados em meio ao lamento daqueles que ficaram. Nesse contexto, a identidade cultural do grupo foi usada como uma fonte de legitimação, uma vez que o objetivo era unir em força e número aqueles que se autodenominam *Mēbêngôkre*, formando uma comunidade étnica com fronteiras sociais bem delimitadas e agindo como uma organização política para resistência e protesto contra o Estado. Sua própria cultura foi usada como uma bandeira por direitos. Categorizam a si mesmo pela autodenominação e assumiram também a denominação externa e pejorativa pela qual são conhecidos, Kayapó. Com isso estabelecem uma clara distinção entre o grupo e o outro, uma “identidade contrastiva” como afirma Cardoso de Oliveira (1976), a

¹⁵ Manifesto do Povo Kayapó – Aldeia Kokraimoro, 05 de junho de 2013. Disponível em <http://raoni.com/atualidade-736.php>. Acesso em: 05 ago. 2017.

afirmação do nós diante dos outros, onde o outro é negado pela afirmação do “nós”. Para estabelecer um status étnico dicotomizado, aceitam assumir uma identidade que eles mesmos não usam em seu cotidiano. Assim o fazem para reforçar a diferença, o que o outro pensa e conhece sobre ele. Para isso, utilizam símbolos culturais que num contexto de demandas políticas tornam-se diacríticos, assim como valores fundamentais, critérios de julgar e ser julgado em seus próprios termos. Essa realidade construída por representações subjetivas e fronteiras simbólicas, uma linguagem com o outro de maneira relacional, ocorre em um contexto específico de demandas por direitos, neste caso, pela manutenção de direitos.

CONCLUSÃO

Em processos de mobilização social os Kayapó *Mětyktire* evidenciam sua agência, posicionando-se em disputas que visam conservar os direitos adquiridos. Se nas décadas de 70 e 80 o movimento social indígena lutava pelo reconhecimento de seus direitos, hoje luta para mantê-los, especialmente em relação à posse e usufruto do território.

Através de uma apresentação esquemática, mostramos que a relação entre cultura e etnicidade não é de causa e efeito, mas de implicação, visto que ela é gerada pelas experiências das pessoas em um fluxo contínuo que, em processos afirmativos identitários, reduz-se a um número menor de traços que se tornam diacríticos. Isso ocorre porque os símbolos culturais são usados para afirmar ou dicotomizar a diferença manifesta nas fronteiras dos grupos sociais, nos critérios de pertencimento. Essas fronteiras, como diz Barth (2011), permanecem razoavelmente fixas apesar do fluxo de pessoas que as atravessam. A identidade étnica passa, então, a ser definida a partir da organização social do grupo e não por critérios culturais.

Em contextos de demandas, a identidade étnica é mobilizada a partir de símbolos diacríticos por pessoas e/ou grupos que a utilizam como bandeira para afirmar a sua autenticidade, a sua diferença. O que ocorre, afirma Sahlins (1997), é uma autoconsciência cultural que é usada em reivindicações de direitos. Isso reflete em como a etnicidade é pensada, tanto pela antropologia como por instrumentos legais, que reconhecem o

critério de autodeterminação, de adscrição como o correto. Isso significa que é indígena quem se considera e é considerado pelo outro como indígena. Em relação à PEC 215, uma tentativa escabrosa de cercar direitos, os indígenas de todo o Brasil assumiram uma identidade contrastiva em relação ao Estado e afirmaram-se enquanto uma categoria única, visto que são reconhecidos pelo “outro” de maneira “genérica” e singular. A experiência de desrespeito pelos seus direitos gerou um sentimento coletivo de injustiça e potencializou a luta indígena. Nesse processo, a cultura dos grupos ou o que o outro pensa ser essa cultura foi (é) usada, nada mais legítimo, como símbolo de contraste e de afirmação valorativa.

REFERÊNCIAS

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. *In: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth*. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

BASSO, Keith H. *Wisdom sits in places: landscape and language among the western apache*. New Mexico: University of New Mexico Press, 1996.

CARDOSO de OLIVEIRA, Roberto. *Identidade, etnia e estrutura social*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976.

CONVENÇÃO nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011.

CUNHA, Manuela Carneiro da. De amigos formais e pessoa: de companheiros, espelhos e identidades. *In: CUNHA, Manuela Carneiro da. Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade*. São Paulo: Brasiliense; Editora da Universidade de São Paulo, p. 53-62, 1986.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas e outros ensaios*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

GEERTZ, Clifford. Os usos da diversidade. *In: GEERTZ, Clifford. Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Horizontes Antropológicos, 1999.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luis Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

INGOLD, Tim. Humanidade e animalidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s.l.], n. 28, p. 1-15, jun. 1995.

Instituto Socioambiental, ISA. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/pt-br>

- LEA, Vanessa. *Riquezas intangíveis de pessoas partíveis: os Mëbêngôkre (Kayapó) do Brasil (Central)*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.
- LEA, Vanessa. Desnaturalizando gênero na sociedade Mëbêngôkre. *Revista Estudos Feministas*, ano 7, p. 176-194, 1º e 2º semestres de 1999.
- LEA, Vanessa. *Kapoto: laudo antropológico*. Campinas: UNICAMP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 1997.
- LEA, Vanessa. Gênero feminino mebengokre (kayapó): desvelando representações desgastadas. *Cadernos Pagu*, n.3, p. 85-115, 1994.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e História. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- LUKESCH, Anton. *Mito e vida dos índios caiapós*. São Paulo: Pioneira, Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.
- MANIFESTO do Povo Kayapó - Aldeia Kokraimoro. 2013. Disponível em <http://raoni.com/atuabilidade-736.php>. Acesso em: 05 fev. 2020.
- MAUSS, Marcel. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de “eu”. In: MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. 4. reimp. São Paulo: Cosac Naify, 2013.
- NOBRE, Marcos. Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a teoria crítica. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luis Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- SAHLINS, Marshall. O “pessimismo sentimental” e a experiência etnográfica: por que a cultura não é um “objeto” em via de extinção (parte II). *Mana*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 103-150, 1997.
- SCHUMACHER, Aluísio Almeida. Reconstrução pragmático-formal da racionalidade comunicativa: origens e dificuldades. In: MARTINS, Clélia A.; POKER, José Geraldo B. (org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária, 2008, v. 1, p. 117-154.
- TURNER, Terence. Os Mebengokre Kayapó: história e mudança social, de comunidades autônomas para a coexistência interétnica. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (org.). *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 311-338, 2009.
- VARGAS, Gloria María. *Conflitos sociais e sócio-ambientais: proposta de um marco teórico e metodológico* in *Sociedade e Natureza*, v. 19, n. 2, p. 191-203, 2007.
- ZHOURI, Andréa, LASCHEFSKI, Klemens, PEREIRA, Doralice Barros (org.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A AGÊNCIA INTERNACIONAL UN ENABLE

*Lucas Emanuel Ricci Dantas*¹

INTRODUÇÃO

A questão da proteção internacional da pessoa com deficiência, surge no país com a ratificação da Convenção Internacional de direitos da pessoa com deficiência, não menosprezando os documentos anteriores de ordem internacional, como por exemplo, a Declaração da OIT 171/75. Todavia é de se considerar que o marco inaugural de proteção internacional é a convenção supracitada, pois trouxe inúmeros direitos e se convolou na

¹ Mestre em Teoria do Estado e Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM (2015), Advogado formado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM (2013), Pós Graduando em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito (2017-2018). Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2018 - 2022). Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2018 -2022). Pesquisador na área de Direitos Humanos com ênfase em inclusão da pessoa com deficiência, políticas públicas e educação para direitos humanos. Membro da comissão de Direitos Humanos da 31ª subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (2013 - 2015). Presidente da Comissão da Pessoa com Deficiência da 31ª subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (2016 - 2018), Professor assistente no VillaVerde cursos para cartórios (2017 – 2018). Autor do livro Políticas Públicas e Direito: A Inclusão da Pessoa com Deficiência, Editora Juruá (2016). Na área do Direito atua especificamente em: Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Processual Civil, Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos e Filosofia do Direito. Tem experiência em pesquisa acadêmica, atuando também como palestrante motivacional. Email para contato: lucas@lucasdantas.com

edição do estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento nacional (Lei 13146/15).

A ONU, portanto, por meio da Agência UN Unable exerce controle externo nos países que ratificaram a Convenção Internacional de 2006, sugerindo recomendações e dando bases para inclusão social das pessoas com deficiência no cenário nacional e internacional.

Com foco na preservação da autonomia e capacitação da deficiência, busca-se com o presente texto, trabalhar questões de desinstitucionalização e aumento da capacidade da pessoa com deficiência no cenário brasileiro, com vistas a uma efetividade da cidadania e cumprimento dos papéis constitucionais assumidos pelo Estado.

1. A QUESTÃO DA DEFICIÊNCIA NO CENÁRIO NACIONAL E INTERNACIONAL

Historicamente a pessoa com deficiência tem vivido em uma situação de aparente marginalidade social, devido aos conceitos impostos pela lei e pela sociedade sobre o que é deficiência. Deve se sustentar que como preconiza Santana (2015, p. 17) “pessoas com deficiência já foram caracterizadas como, ‘crianças idiotas, imbecis, cretinas, inaptas e anormais (Dec/Lei 31801/41), mais tarde, chamaram-lhes grandes ineducáveis ou anormais educáveis (Dec/Lei 53401/45)”. Dentre todas enumerações trazidas no conceito de deficiência, vislumbra-se que a questão deficiência sempre foi tratada como anormalidade na sociedade brasileira, inclusive perante a legislação nacional.

Hodiernamente, pode se conceber que a questão da deficiência está intrinsecamente ligada a um contexto social, formado por uma cultura de exclusão da pessoa com deficiência. Por isso as terminologias legais, apenas são reflexos da cultura que foi construída no imaginário da sociedade. “No âmbito da cultura, é importante analisar de que forma o imaginário da sociedade ocidental, por meio de seus mitos, foi construindo, ao longo dos séculos, a imagem do deficiente físico.” (GARCIA, 2008, p. 10).

Começou se a conceber o deficiente, como pessoa não passível de inclusão, devendo então serem estas afastadas do convívio social, por uma

questão de associação da deficiência, como um fator preponderantemente negativo. A terminologia legal da época, apenas é reflexo da cultura social encontrada no Brasil, “A deficiência física foi histórica e simbolicamente considerada fator de exclusão social, e as narrativas míticas contam sobre a rejeição, a punição e a exclusão dos deficientes em consequência de sua aparência física.” (GARCIA, 2008, p. 10-11).

Não obstante todas estas terminologias, o conceito de deficiência foi subdividido em conceito biomédico e conceito social, este inaugurado pela Convenção Internacional de Direito das Pessoas com Deficiência, promulgada pela ONU e ratificada pelo Brasil no Decreto legislativo 186/08.

Aquele é um conceito que reduz a deficiência a sua patologia e procura a cura como medida de inserção social, refletindo a inadaptação, do qual denunciava a história social. Leite (2012, p. 46) explica “Modelo médico é aquele que considera a deficiência como um problema do indivíduo, diretamente causado por uma doença, trauma ou condição de saúde, que requer cuidados médicos prestados de forma de tratamento individual por profissionais”.

O modelo médico situa a deficiência como algo de responsabilidade do indivíduo deficiente, obstaculizando a sua inserção social devido a uma aparente anormalidade. Silva (2016, p. 184) explica tal entendimento:

Sob o paradigma biomédico, a deficiência é considerada uma patologia estritamente ligada às alterações das funções e/ou das estruturas do corpo e seu desenvolvimento ou instalação independe das relações do indivíduo com a sociedade, com a cultura e com as outras pessoas.

Já o modelo social, inaugura uma nova possibilidade de vida, aonde a deficiência é vista como uma forma de vida, e os impedimentos sensoriais, motores e intelectuais são apenas expressões corporais desta forma a que nos referimos (DINIZ, 2009).

Afirma a referida autora ainda Diniz (2009, p. 66) “O conceito de deficiência, segundo a Convenção não deve ignorar os impedimentos e

suas expressões, mas não se resume a sua catalogação”. A ideia de novas pessoas, novos sujeitos de direito, que não são mais considerados imbecis e sim possuidores de uma dignidade inerente aos demais usuários da mesma sociedade, demandando uma nova ótica estatal na implementação de políticas públicas que garantam a efetividade da cidadania, pois, a pessoa com deficiência encarada sobre a ótica da Convenção e do Estatuto recém-aprovado é sem sombra de dúvida um cidadão.

2. A AGÊNCIA UN ENABLE E SUAS RECOMENDAÇÕES PARA O PAÍS

A questão trabalhada na legislação é recomendação das normas internacionais promulgadas pela ONU, e pela agência especializada que integra o órgão internacional, UN ENABLE, que tem como missão “promover os direitos e o avanço das pessoas com deficiência dentro de um amplo mandato previsto pelo Programa de Ação Mundial (1982), Regras Padrão (1994) e a Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2006)” (ONU, 2017).

O reconhecimento pela agência internacional da pessoa com deficiência demanda um tema crescente, que é a universalidade dos direitos humanos, garantindo a extensão da validade do direito internacional aos países que assinam o protocolo facultativo de seus documentos. Nessa toada entende-se que o Sistema Jurídico Brasileiro avançou na garantia da proteção dos direitos da pessoa com deficiência, pois incorporou em seu ordenamento jurídico a Convenção da ONU com força de emenda constitucional.

O paradigma acentuado pela recepção do Tratado Internacional com força de Direito Constitucional, por meio do artigo 5º § 2º e 3º da Constituição Federal, demonstra que o Estado Brasileiro adotou uma concepção estatalista do Direito Internacional, que nos dizeres de Hernandez (2011, p. 63) garantem a maior efetividade do Direito Internacional:

De modo geral, o estatalismo condiciona a efetividade de arranjos de cooperação internacional à aceitação do Estado. Assim, para os estatelistas,

as normas internacionais de direitos humanos só adquiririam força vinculante ao adentrarem a constituição nacional, na forma de direitos fundamentais.

A recepção dada pelo Estado Nacional ao Direito Internacional, demanda atitudes proativas do Estado em cumprir o pacto assumido internacionalmente, sob pena de violar compromissos internacionais de desenvolvimento. A cidadania das pessoas com deficiência é portanto, atividade estatal de máxima importância, pois perante o ordenamento internacional e nacional, se obrigou o estado Brasileiro a garantir a máxima efetividade e participação democrática dessa população, não por menos, erigiu o Estado Brasileiro, por meio dos votos de seus parlamentares o Tratado Internacional a nível constitucional, constituindo ampla gama de direitos fundamentais da pessoa com deficiência.

“Cidadania e Direitos Fundamentais passam a constituir o ‘Núcleo duro’ do chamado Estado Social e Democrático de Direito, trazendo as políticas públicas para o centro do debate político e jurídico” (SMÂNIO, 2013, p. 4). Dentro deste debate jurídico político que comenta o professor citado surge a questão da implementação da cidadania por meio de políticas públicas e o custo dessa cidadania para o estado executor.

Denota-se que para se trabalhar políticas públicas, deve se conceituar direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico nacional, dada as amplitudes do tema restringir se a concepção e o debate travado por Dimoulis (2009, p. 120) que sustenta:

Assim, não é possível concordar com uma definição ampla adotada por parte da doutrina, segundo a qual a fundamentalidade de certos direitos não dependeria da força formal constitucional e sim de seu conteúdo. Com efeito, não pode ser considerado como fundamental um direito criado pelo legislador ordinário, mas passível de revogação na primeira mudança da maioria parlamentar, por mais relevante e “fundamental” que seja seu conteúdo. Os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos.

Segundo o autor a distinção primordial que se faz entre direitos fundamentais e não fundamentais é a positivação na Carta política do Estado, pois bem os direitos fundamentais, constitucionais por excelência formal demandam, uma atitude governamental para materializar tais direitos. Nesse sentido Bucci sustenta “A demanda pelo Estado, nos países em desenvolvimento, é mais específica, reclamando um governo coeso e em condições de articular a ação requerida para a modificação das estruturas que reproduzem o atraso e a desigualdade” (BUCCI, 2013, p. 33).

O caráter fundamental conferido aos Direitos da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência denotou alterações legislativas profundas no Estado Brasileiro, como por exemplo, a edição da Lei 13146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Todavia, verifica-se que o Brasil se submete a um sistema inovador de proteção de direitos, que garante a reclamação internacional, sem a necessidade de postulação jurídica por profissional especializado, qualquer cidadão brasileiro que se sentir desrespeitado pode peticionar a ONU e esta pode fazer verificação in loco. Nesse sentido explica Sales (2012, p. 10):

Finalmente, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência instituiu um segundo mecanismo de monitoramento relativo à observância, pelos Estados-Partes, das disposições contidas na Convenção. Trata-se da previsão de recebimento de denúncias apresentadas por pessoas ou grupos de pessoas em seu próprio nome, ou de terceiros em nome deles, acerca dos direitos tutelados pela Convenção. Conforme a gravidade e a confiabilidade das informações relatadas, o Comitê poderá realizar investigações in loco.

O sistema de proteção dos direitos desta população tem caráter híbrido, pois pode ser reclamado perante órgãos nacionais e também perante a Comissão Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, apesar da não imposição de sanções diretas ao Estado Brasileiro pela ONU, a violação da Convenção gerará recomendações que podem ser vistas de forma negativa pelos outros Estados. O Brasil assumiu para si a máxima tarefa de incluir as pessoas com deficiência de forma total, não podendo mais deixar de levar em conta em sua agenda política a questão da pessoa

com deficiência. É nesse sentido que o Comitê Internacional já se mostrava preocupado, entre vários aspectos, com a dificuldade de o Estado cumprir todas as obrigações assumidas a luz da Convenção por meio do Estatuto das Pessoas com Deficiência.

Deve-se entender que quando a Constituição postula o direito fundamental ao esporte, o Estado, como gestor dos direitos deve propiciar políticas públicas que favoreçam ao cidadão indistintamente o exercício de seu direito ao esporte. A não formulação de políticas que levem a efetivação dos direitos fundamentais demonstra que o Estado cai em uma incoerência entre o jurídico e o político, denotando especificamente a falta de governabilidade para atuar perante as determinações jurídicas constitucionais. Ainda segundo Bucci (2013, p. 34):

Os modos de exercício do poder se transformaram, em nome da proteção dos direitos e aos valores da cidadania, da democracia, e da sustentabilidade ambiental o que passou a reclamar a integração das dimensões política e jurídica no interior do aparelho de Estado, combinando as esferas da Administração Pública e do governo; a política implicada com a técnica, a gestão pública institucionalizada e regada pelo direito. A face política do governo vai se revestindo cada vez mais de uma tessitura jurídica.

No amago do Direito Constitucional, Surgem então as políticas públicas que dentre as suas definições pode se concordar com Monica “política pública é expressão polissêmica que compreende todos os instrumentos de ação de governo” (MAIA, 2007, p. 170). Lopes (2011) vai sustentar que essas ações envolvem elaboração de leis programáticas, projetos de execução, leis que definem planos diretores, entre outros. Todo esse conjunto é a base que sustenta a política pública, na qual os direitos fundamentais da pessoa com deficiência estão centrados.

A inexistência de políticas públicas conduz a pessoa com deficiência a uma sub cidadania, que leva a uma cidadania de segunda classe ou terceira classe, na cidadania de segunda classe são localizados os cidadãos simples que recebem de 2 a 20 salários mínimos e reconhecem como lei apenas o Código Civil e o Código Penal (CARVALHO, 2002). A

cidadania de terceira classe pode ser reconhecida como sustenta Carvalho (2002, p. 216):

São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais, sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com educação incompleta. Esses “elementos” são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos ou os tem sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia.

Naturalmente, pode ser enquadrada, a pessoa com deficiência neste rol, quando esta fica desprovida de políticas públicas que conduzem a participação democrática. Esses deficientes que não tem acesso aos seus direitos sociais, apesar do conceito inaugurado pela nova legislação, continuam sendo “idiotas” na expressão grega da palavra (idion), ou seja, desprovidos de qualquer consciência política (ARENDRT, 2007).

O novo conceito dado pela organização internacional, vai na contramão dessa sub cidadania, garantindo a formação de uma nova cultura, com características indenitárias, buscando reparar os danos que a falta de reconhecimento provocou as pessoas com deficiência. “Reparar esse dano significa reivindicar “reconhecimento”. Isso, por sua vez, requer que os membros do grupo se unam a fim de remodelar sua identidade coletiva, por meio da criação de uma cultura própria auto-afirmativas.” (FRASER, 2007, p. 106).

A grande dificuldade de se criar uma nova cultura, é que muitas vezes esta pode ser “reificada”, negando a complexidade do ser humano, substituindo por uma consciência coletiva de idoneidade moral que não permita o efetivo reconhecimento social. (FRASER, 2007). A formulação de políticas públicas que visam a integração com deficiência e pessoas sem deficiência pode ser uma saída à preservação da singularidade de cada indivíduo.

Os danos gerados pelo não reconhecimento e condução de deficiente a uma situação de sub cidadão, geraram e geram problemas até os dias atuais,

haja vista existirem cidadãos desprovidos de participação democrática, pois estão institucionalizados, sofrendo violações sistemáticas de sua cidadania, bem como de seus direitos. A ONU oferece por meio de sua Corte Internacional proteção jurídica, impondo sanções e recomendações a estados que violarem os seus tratados internacionais.

3. O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELA ONU E SUA AGÊNCIA ESPECIALIZADA “ACCOUNTABILITY”

A questão da cidadania da pessoa com deficiência ganha maior relevo, quando é tutelada por um ordenamento internacional do porte da agência reguladora UN Enable. A bem da verdade, a ineficiência do Brasil em realizar políticas públicas de inclusão, demanda a real necessidade de se exercer um controle externo sobre os atos governamentais, a proposta do Accountability.

As dificuldades de comunicação e de intelectualidade de algumas pessoas com deficiência geram uma ineficiência do controle externo promovido pela prática de eleições. Levando em consideração que os deficientes institucionalizados não participam da vida política e da vida ativa do Estado, mostra-se necessário que um órgão extragovernamental promova o controle das demandas legislativas assumidas. A UN ENABLE, junto com toda a estrutura da ONU, tem promovido o controle externo em algumas questões da pessoa com deficiência no cenário nacional, praticando a accountability, que como leciona Campos tem o seu significado assim exposto:

Dai decorreu que a *accountability* começou a ser entendida como questão de Democracia. Quanto mais avançado o estágio democrático, maior é o interesse pela *accountability*. E a *accountability* governamental tende a acompanhar o avanço dos valores democráticos, tais como igualdade, dignidade humana, participação e representatividade (CAMPOS, 1990, p. 33).

Recentemente a ONU exerceu accountability, quando avaliou perante sua Corte Internacional uma denúncia de tortura em hospital psiquiátrico,

demonstrado o caráter híbrido da legislação, e aumentando as instâncias judiciais que podem ser utilizadas para eventuais condenações em casos que envolvam pessoas com deficiência.

O Estado Brasileiro sofreu condenação perante a Corte internacional, no caso Damião Ximenes Lopes, deficiente intelectual que faleceu em decorrência de maus tratos na casa de repouso Guararapes em Sobral/CE. O caso foi registrado sob o nº 12.237 na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado Sofreu várias condenações, inclusive pagamento de indenização á família de Damião (PRADO FILHO, 2012).

Desde tal condenação até os dias atuais, o Estado Brasileiro não promoveu uma efetiva política publica com o fito de desinstitucionalizar deficientes, mantendo ainda casas asilares que violam certos direitos da Convenção atual, como por exemplo o artigo 3º que garante entre outros princípios o da plena e efetiva participação na sociedade (alínea c).

O Estado do Rio de Janeiro, tem conseguido adotar uma política pública que vai de encontro com a recomendação internacional, que é a moradia assistida parte integrante do Programa Integrando daquele governo estadual, que pode ser definida como ” é uma residência habitada por pessoas portadoras de deficiências ou transtornos mentais, onde, em geral, vivem de quatro a cinco moradores. Eles recebem cuidados de enfermeiros, psicólogos, terapeutas e cuidadores que se revezam no local 24 horas” (MAIA, 2007, p. 1). Este projeto visa integrar pessoas que antes estavam ausentes do convívio social.

Nessas moradias o gerenciamento domiciliar é feito por profissionais do Estado e não pelos moradores, assim pondera a autora (MAIA, 2007, p. 1) “Estes gerenciam a casa monitorando as rotinas diárias dos moradores, cuidados pessoais e tarefas domésticas”. O Estado novamente se responsabiliza pela vida do individuo com deficiência, contudo, da a este a possibilidade convívio, possibilitando o exercício democrático com autonomia, mesmo que nos limites de sua patologia.

Deve-se ponderar que a impossibilidade democrática da pessoa com deficiência leva a mesma a impossibilidade de participar do mundo da vida, pois retira-lhes o agir comunicativo, para Habermas “O primeiro

passo reconstrutivo da integração social nos leva ao conceito mundo da vida” (HABERMAS, 2011, p. 3). Na visão de Habermas o mundo da vida, ou seja, a sociedade só pode ser viabilizada pelo agir comunicativo, aonde num intenso processo dialéticos os cidadãos podem e devem expor a sua opinião sobre todas as coisas. A decisão e política e jurídica só pode ser válida se houver um consenso entre os cidadãos, e por isso Habermas (2003, p. 156) afirma:

Uma vez que os sujeitos que agem comunicativamente se dispõem a ligar a coordenação de seus planos de ação a um consentimento apoiado nas tomadas de posição recíprocas em relação a pretensões de validade, e no reconhecimento dessas pretensões, somente contam os argumentos que podem ser aceitos em comum pelos partidos participantes. São respectivamente os mesmos argumentos que tem uma força racional motivadora.

A criação do mundo da vida, o lugar onde a competência comunicativa seja desenvolvida com vistas a propiciação da participação democrática, só pode ser criado pelo Estado. Nesse sentido, as moradias assistidas são espaços de investimento público, onde pode se propiciar a autonomia e capacidade de escolha das pessoas com deficiência.

Não que se queira afirmar que esta é a única política pública capaz de promover a integração social de pessoas com deficiência institucionalizadas, mas esta é uma alternativa possível de ser implementada, com vistas a experiência internacional proveitosa, como no caso de Holanda e Bélgica.

Na Bélgica a lei do serviço social atribuiu em 2015 a competência municipal da moradia assistida, como explica Kwant (2016, p. 1) “A lei do serviço social (Wet Maatfchaptelijk Ontersteuninj) foi implementada em janeiro de 2015, dando à prefeitura de cada cidade a organização e direcionamento da moradia assistida.”. Não é novidade nos países desenvolvidos a criação dessas moradias, dando plena autonomia e possibilidade de capacitação aos deficientes.

Os países que tem uma agenda de desenvolvimento progressista cuidam e provisionam os seus cidadãos, investindo e fomentando suas

capacidades. Observa-se tanto Holanda quanto Bélgica fornece a igualdade de oportunidades aos seus cidadãos deficientes, quando preservam a sua autonomia. A preservação da cidadania garante que essas pessoas com deficiência, antes relegadas ou institucionalizadas, hoje participem do ambiente social, podendo utilizar de equipamentos democráticos e tendo igualdade de status face aos demais pares da sociedade.

Sobre referida igualdade, deve se entender que os bens públicos estão disponíveis a toda a sociedade, bem como as pessoas com deficiência que são provisionadas pelo Estado, nas moradias assistidas, podendo ter acesso indistinto aos transportes, ao tratamento de saúde, tanto quanto os demais beneficiários sem deficiência, “É o caso principalmente, dos transportes públicos, da educação e de todos os equipamentos públicos gratuitos porque o custo deles é repartido entre todos os contribuintes” (DUBET, 2015, p. 25).

Partindo da premissa que o Estado é a própria sociedade, a hora que o governo lastreia uma política pública de integração ao serviço social como na Bélgica, este estende a responsabilidade para toda a sociedade, dilatando, ou garantindo máxima efetividade ao contrato social. Observa-se que como no exemplo internacional (Holanda e Bélgica), o custo da moradia assistida é previsto no seguro social, inclusive o amparo de uma pensão a pessoa com deficiência. Neste sentido leciona Kwant (2016, p. 1):

Na Holanda e Bélgica, essa forma de moradia é bastante comum e popular há décadas. Em média, existe uma ou mais moradias por cidade, atendendo adultos jovens e mais velhos no espectro do autismo. As instituições são geralmente financiadas pelas respectivas prefeituras, pelo seguro de saúde (obrigatório para todos os cidadãos) ou pelo governo, em forma do PGB – Het Persoonsnsgebonden Budget – um orçamento (pensão) oferecido a todo cidadão holandês que: seja ou esteja doente; autistas; portadores de transtornos psicossociais ou do comportamento; deficientes físicos e/ou mentais.

A preocupação com o cidadão deficiente, nas sociedades desenvolvidas, mostra se de acordo com os objetivos da Agência Internacional UnEnable,

que visa controlar a implantação da inclusão das pessoas com deficiência nos países pertencentes a ONU.

A análise de políticas públicas de inclusão faz com que os olhares nacionais estejam voltados, para países que conseguiram desenvolver e implementar a autonomia e a capacidade democrática da pessoa com deficiência na sociedade. No caso do Brasil a responsabilidade estatal se intensifica, em primeira hipótese por ter o país assinado dentre outras convenções a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e, em segunda hipótese por ter adotado uma concepção estatalista, quando incorpora o documento internacional em seu ordenamento jurídico nacional.

CONCLUSÃO

Com este estudo, tentamos evidenciar a problemática da cidadania da pessoa com deficiência no Brasil e a atuação da ONU, bem como de sua agência especializada em fiscalizar, apontar e condenar a inefetividade da implementação de direitos das pessoas com deficiência.

Notadamente, se justificou o caráter híbrido da legislação internacional da pessoa com deficiência, sendo a ONU, por meio de sua Corte Internacional, uma nova instância jurídica em que possam ser reclamadas violações dos direitos das pessoas com deficiência assumidos pelo Brasil.

Justificou se então o papel da agência UN ENABLE, como agência que exerce controle externo por meio da accountability ao Governo Brasileiro, haja vista que os deficientes institucionalizados não têm como exercer controle sobre as políticas públicas para eles realizadas.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?. *Revista de administração pública*, v. 24, n. 2, p. 30-50, 1990.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. *Sur, Rev. int. direitos humanos*. v. 6, n. 11, p. 65-77, 2009.

DUBET, François. *Status e oportunidades como repensar a justiça social?* Vargem Grande Paulista: Cidade Nova. 2015.

FILHO, Ney Vieira Prado. O caso Damião Ximenes Lopes: violação dos direitos á vida, á integridade pessoal, á garantia e proteção judicial, previstos pela Convenção Americana de Direitos Humanos. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CAMPELO (coord), Livia Gaigher Bósio (org). *Estudos e debates em Direitos Humanos*. São Paulo: Letras Jurídicas, v. 2, 2012.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: EdUnB, 2007, p. 245-282.

GARCIA, Marta. Comentários Introdutórios á Lei Brasileira de Inclusão. In: LEITE, Flavia Piva Almeida. E outros (Coords). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo; Saraiva, 2016. Confirmar se é o texto citado do ano de 2008

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003.

HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. *A Conferência de Viena e a internacionalização dos direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2011.

KWANT. Fátima de. *Autismo e Moradia Assistida na Holanda*. Disponível em < <https://www.brasileirosnaholanda.com/novo/colunas/autismo-e-moradia-assistida-naholanda/>>. Acesso em: 15/12/2018.

LEITE, Flavia Piva Almeida. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 31-53, jul./dez. 2012.

LOPES, Lais de Figueiredo. Art. 1º a 4º. In: LEITE, Flavia Piva Almeida. E outros (coords). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo; Saraiva, 2016.

MAIA, Monica. *Programa Integrado atende deficientes em moradia assistida*.. Disponível em: <http://www.faperj.br/?id=924.2.5>. Acesso em: 15/12/2017, 2007.

ONU. *United Nations and Disability: 70 years of the work towards a more inclusive world*. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2018/01/History_Disability-in-the-UN_jan23.18-Clean.pdf Acesso em: 01/07/2018.

SALES, Gabriela Azevedo Campos. A proteção aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil: o diálogo entre o direito interno e o direito internacional. *REVISTA DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS*, v. 11, n. 16, p. 203-225, 2012.

SANTANA, Priscila de Oliveira; SILVA, Osni Oliveira Noberto da. Educação de Pessoas com Deficiência: caminhos para a inclusão. In: CAVALCANTE NETO, Jorge Lopes; SILVA, Osni Oliveira Noberto da (orgs). *Diversidade e Movimento: diálogos possíveis e necessários*. Curitiba: Editora CRV, 2016. p 15 -40.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Entre Hefesto e Procusto: a condição das pessoas com deficiência. In: BAILO, Lucas seixas; HERERRA, Luis Henrique marttin. (ORGS), *A nova interpretação do Direito construção do saber jurídico*. Birigui: Boreal, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das políticas Públicas: a Efetividade da Cidadania. in: SMANIO Gianpaolo Poggio e outro (Orgs), *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo; editora Atlas. 2015 p. 3 - 15.

SOBRE O LIVRO

CATALOGAÇÃO

Telma Jaqueline Dias Silveira
CRB 8/7867

NORMALIZAÇÃO

Maria Elisa Valentim Pickler Nicolino
CRB - 8/8292
Isabelle Ribeiro Ornelas Coelho Lima

CAPA E DIAGRAMAÇÃO

Gláucio Rogério de Moraes

PRODUÇÃO GRÁFICA

Giancarlo Malheiro Silva
Gláucio Rogério de Moraes

ASSESSORIA TÉCNICA

Renato Geraldi

OFICINA UNIVERSITÁRIA

Laboratório Editorial
labeditorial.marilia@unesp.br

FORMATO

16 x 23cm

TIPOLOGIA

Adobe Garamond Pro

Papel

Polén soft 70g/m2 (miolo)
Cartão Supremo 250g/m2 (capa)

TIRAGEM

100

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Gráfica
unesp
Campus de Marília



Ao percorrer os 16 capítulos que compõem *Novos Direitos na Contemporaneidade, vol. I*, o leitor deparar-se-á com um conjunto de discussões sobre direitos, notadamente sobre os direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988, cuja unidade se encontra no diálogo dos sistemas jurídicos com sistemas culturais, morais, éticos, bioéticos, médicos, políticos etc, tendo como fim a promoção, a garantia e o equilíbrio da justiça distributiva, comutativa e recíproca. Em uma época de inegáveis avanços científicos, tecnológicos, de conexões em tempo real aceleradas, de anseios por representação, direito e justiça, que emergem de identidades que pululam, a mediação dos conflitos mobiliza sistemas de pensamento, simbolismo, que tornam mister acionar o diálogo entre o jurídico e a cultura, em suas diversas facetas. Os temas abordados nos capítulos da coletânea mostram complexas questões: uso e exploração da natureza; os limites do simbólico; a transformação da autoridade em autoritarismo; combate à corrupção, tema candente no Brasil atual (no ranking internacional da corrupção, 2020, o país ocupa a 94ª colocação entre 180 países, segundo a Transparência Internacional); contexto da saúde pública na lida com a loucura; educação; direitos de minorias; entre outros temas igualmente complexos e presentes no imaginário e vocabulário do homem médio brasileiro.



**CULTURA
ACADÊMICA**
Editora

Originada a partir do “Seminário de Direitos Humanos e Novos Direitos na Contemporaneidade”, promovido pelo Grupo de Estudos “PACTO – Paz, Cultura e Tolerância”, realizado nas dependências da Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista (Unesp), campus de Marília, na cidade de Marília/SP, em 04 de maio de 2018, a presente obra tem por objetivo publicar trabalhos de natureza acadêmico-científica sobre a temática fundamental dos direitos humanos e de direitos emergentes nesta época contemporânea. Agrega entre os autores que assinam os capítulos, pesquisadores de diferentes instituições de ensino superior, de vários níveis acadêmicos e de variadas áreas do conhecimento humanístico, a fim de que sejam amplas a reflexão e a análise de tais temas de reconhecida importância nacional e internacional, notadamente com relação aos direitos humanos. A premissa que atravessa os artigos é a de que a sociedade contemporânea, no Brasil e mundo afora, sofre inúmeras mudanças de larga envergadura, nos costumes e valores, que repercutem no tema dos direitos, e, por isso, demandam consideração e investigação. Nesse sentido, *Novos Direitos na Contemporaneidade, vol. I* revela a universidade cumprindo seu papel de estimular a reflexão e a discussão de temas com dupla relevância: acadêmico-científica e para a sociedade em geral. Sem dúvida uma leitura rica, instigadora. Quem a percorrer com a atenção devida colherá frutos saborosos e valiosos.

ISBN 978-65-5954-098-3



9 786559 540983 >